المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
كلية الدعوة
الدراسات العليا
قسم الاستشراق
شعبة الدراسات الإسلامية

مناقشة آراء المستشرقين حول التشابه والاختلاف في القواعد والأحكام بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني

بحث مكمل لنيل درجة الماجستير

إعداد الطالب
عبد الرحمن بن محمد المكي جابري

إشراف الدكتور
محمد أبو الفتح البيانوني

١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر .... وتقدير

أحمد الله تعالي وأشكره على ما أسبغ علي من واسع نعمه ومننه ، التي لا أحصي لها عدداً ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ﷺ .

إعترافاً لأهل الفضل بفضلهم ، فإني أتقدم بخالص شكري وتقديري للدكتور محمد أبو الفتح البيانوني المشرف على هذه الرسالة والذي وجدت منه حسن توجيه ، وإرشاد ، وسعة صدر ، ونصح ، فلقد كان نعم المشرف على هذه الرسالة ، فجزاه الله عنا أحسن الجزاء وأشكر أستاذي الدكتور محمد خليفة حسن رئيس قسم الاستشراق على جهده معي ومع زملائي طيلة أيام دراستي بالقسم وكذلك الدكتور عبدالله الرحيلي على ما أبداه من نصح وتوجيه ، كما أشكر المناقشين الفاضلين على تحملهما عناء قراءة البحث وتقويمه .

ولا يفوتني أن أشكر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ممثلة في كلية الدعوة بالمدينة المنورة التي اتاحت لي مواصلة الدراسات العليا .

كما لا أنسى أن أدعوا لمن كان له أي دور في أخراج هذا البحث بهذه الصورة ، ممن تعاون معي بتوجيه ، أو تقديم معلومات ، أو تذليل صعوبات ، أو مناصحة ، أو إعارة كتب ، لأولئك جميعاً مني أزكى الشكر والإمتنان ومن الله عظيم الأجر والثواب .

عبد الرحمن بن محمد المكي جابري

المدينة المنورة

١٥/١٠/ ١٤١٤هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله الذي خصنا بأكمل الشرائع وأتمها ، والصلاة والسلام على من بعثه الله رحمة للعالمين ، هادياً وبشيراً ونذيراً وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيرا، وعلى آله وأصحابه ومن آمن به وانقاد لأحكام شريعته إلى يوم الدين . أما بعد : فإن هذا البحث يتناول (مناقشة آراء المستشرقين حول التشابه والاختلاف في القواعد والأحكام بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني) . وتتضمن هذه المقدمة الموضوعات التالية :

١ ـ إهمية الموضوع وسبب اختياره .

٢ ـ تحديد مجال البحث وحدوده .

٣ ـ الدراسات السابقة .

٤ ـ منهج البحث

٥ ـ قائمة الموضوعات .

أولا : أهمية الموضوع وسبب اختياره

إن بحث موضوع تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني يكتسب أهمية خاصة ولا سيما في هذه الأيام التي تداعى فيها أعداء الإسلام على هذا الدين محاولين تشكيك المسلمين في أحكام شريعتهم أملاً أن يؤدي ذلك إلى إضعاف هذه الشريعة وتقويض دعائمها .

ولعل أشدها خطراً وأكثرها أثراً ، ما كان مستتراً بستار البحث العلمي ، وهو ما انتهجه كثير من المستشرقين الذين لقيت كتاباتهم وآرائهم رواجاً كبيراً ، وتقبلها بعض الناس على أنها حقائق علمية أنتجها البحث العلمي المجرد ، وخفيت على أولئك المتأثرين بتلك الأفكار البواعث التي دفعت كثير من المستشرقين إلى دراسة الإسلام .

إن هذا الموضوع الذي أتناوله أحد الموضوعات التي حاول المستشرقون – من خلال الكتابة عنها – الوصول إلى أهدافهم المشبوهة ، لذلك كثرت كتاباتهم عنه ، ولقد اختلفت آرائهم حوله اختلافاً كبيرا .

ونظراً إلى انتشار الدين الإسلامي في بقاع عديدة كان يسود فيها القانون الروماني ذهب كثير من المستشرقين إلى القول بتأثر الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي بالقانون الروماني ، لأنه أسبق منها ، وكان قائماً في تلك البلاد المفتوحة ، ومع اتفاق جل المستشرقين على هذه المقولة ، فقد اختلفت أساليبهم في عرضها .

فذهب فريق منهم إلى أن الشريعة الإسلامية مستمدة من القانون الروماني ، فهو عندهم مصدرها ، وعلى أساس قواعده أقام فقهاء الشريعة الإسلامية كيانها القانون ، ومن هذا الفريق المستشرق جولد تسيهر (Goldziher) ، وفون كريمر (Von Kremer) وشلدون آموس (Scheldon Amos) وقد عبر شلدون آموس عن هذا الرأي بقوله : (إن الشرع المحمدي ليس إلا القانون الروماني للإمبراطورية الشرقية معدلاً وفق الأحوال السياسية في الممتلكات الغربية) . ويقول أيضاً : (القانون المحمدي ليس سوى قانون جستنيان في لباس عربي) . (١)

وذهب فريق آخر إلى أن الشريعة الإسلامية تأثرت بالقانون الروماني في بعض أحكامها. كما ظهر فريق آخر ينفي تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ، ومن هؤلاء المستشرق الإيطالي نالينو (Nallion) ،وفيتزجيرالد (Fitzgerald) .

واستدل المستشرقون القائلون بتأثر الشريعة الإسلاميةبالقانون الروماني بجملة أدلة ، ومن أهمها ما يلاحظ من تشابه في النظم القانونية والأحكام والقواعد الموجودة في القانون الروماني مع ما يقابل ذلك في الشريعة الإسلامية . وهذا يعني أن الشريعة اللاحقة هي التي اقتبست هذه النظم والأحكام من القانون السابق ، لأن اللاحق هو الذي يقتبس من

---

(١) د . عبدالكريم زيدان « المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية » ، مكتبة القدس بيروت ، ص ٤٤ .

السابق(١).

وقد اعتنى العلماء بالرد على هذه الشبهة ومن بينهم بعض المستشرقين ، أمثال المستشرق الإيطالي نالينو (Nallion) في مقالة (نظرات في علاقات الفقه الإسلامي بالقانون الروماني)(٢) . والمستشرق فيتزجيرالد (Fitzgerald) في مقالة (الدّين المزعوم للقانون الرومي على القانون الإسلامي)(٣) .

كما اعتنى بالرد عليها بعض أعلام القانون والفقه من المسلمين أمثال الشيخ عبالقادر المغربي في مقالة (بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني) (٤) .

والدكتور محمد معروف الدواليبي في مقالة (الحقوق الرومية وأثرها في التشريع الإسلامي) (٥) .

والأستاذ على البدوي ، والدكتور عبدالرزاق السنهوري ، والأستاذ محمد سلام مدكور . . . إلخ .

وقد غلب على مناقشة هذه الشبهة العناية بالناحية التاريخية والشكلية ، أكثر من العناية بالناحية الموضوعية التي أعني بها : الوقوف على هذا التشابه عملياً وتحليله من حيث المعنى والنشأة ، حيث أشار بعضهم إلى بعض القواعد والأحكام المتشابهة .

لذا كان سبب اختياري لهذا الموضوع مناقشة شبهة تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ، أن هذه الشبهة لا تزال في حاجة إلى بحث يركز على الجانب الموضوعي في المناقشة وذلك حتى يتم دعم الردود التاريخية والشكلية موضوعياً لتصبح هذه الشبهة في عداد الشبهات التاريخية المنتهية .

---

(١) انظر « المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية » عبدالكريم زيدان ، ص ٧٦ .

(٢) انظر « المنتقى من دراسات المستشرقين » صلاح الدين المنجد ، بيروت ، ص ٤٤ .

(٣) « هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي » مجموعة بحوث لبعض العلماء المستشرقين والمسلمين » ، ص ١١٥ .

(٤) « مجلة الرسالة » ، مجلد (١) ، ص ٧٧٩ .

(٥) انظر « هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي » مرجع سابق ، ص ٨٥ .

ثانياً : تحديد مجال البحث وحدوده

إن مشكلة البحث تنحصر في الجانب الموضوعي من مناقشة شبهة تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ، وهذا يعني الوقوف على بعض مظاهر التشابه والاختلاف وتحليل هذا التشابه والاختلاف في المعنى والنشأة ، للوصول إلى نتيجة علمية في نفي التأثر أو إثباته بوجه من الوجوه . لذا سيكون بحثي محدوداً بالنقاط التالية :

١ ـ تناول بعض مظاهر التشابه والاختلاف في القواعد والأحكام وذلك في جوانب متنوعة من القواعد والأحكام في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني .

٢ ـ لن أتناول تاريخ القانون الروماني إلا بقدر ما تدعوا الحاجة إليه .

٣ ـ لن أتطرق إلى مناقشة بقية الأدلة التي استند أليها المستشرقون في قولهم بتأثر الشريعة الأسلامية بالقانون الروماني ، والطرق التي أدت إلى ذلك التأثر إلا بالقدر الضروري إلى ذكرها .

ثالثا : الدراسات السابقة :

يمكن إجمال الدراسات السابقة فيما يلي :

١ ـ مقالة "نظرات في علاقات الفقه الإسلامي بالقانون الروماني " ، للمستشرق الإيطالي نالينو (Nallion) حيث رد على شبهة تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ، ودعم رد الشبهة بذكر بعض الاختلافات بينها مثل :

أ ـ إن البيع والشراء عند الهيلنيين (اليونانيين) عقد مالي ، بينما المذاهب الفقهية الإسلامية أجمعت على أنه عقد تراض . وأن هذا الاختلاف عند المسلمين مبني على قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (١) وليس أنهم مالوا إلى القانون الروماني ، ولا أنهم فرقوا بين عقد مالي وعقد تراض (٢) .

---

(١) سورة النساء آية ٢٩ .

(٢) "هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي » مرجع سابق ، ص ١٩ .

ب ـ وكذلك لما استولى العرب على أخصب مقاطعات الدول الرومية (البيزنطية) وجدوا هناك ـ أي المسلمون ـ الرهن العقاري شائعاً شيوعاً عظيماً . ورغم أهميته الاقتصادية لم يستطع الرهن العقاري أن ينفذ إلى القانون الإسلامي إلا في زماننا بسبب تأثير التشريع الأوربي .

ج ـ استخدام العالم الهليني إجارات الأراضي للآجال الطويلة الأمد ، ولكن مضت قرون عديدة حتى دخلت في الفقه الإسلامي ، على أنها لم تقبل في جميع المذاهب (١) .

٢ ـ مقالة " الدين المزعوم للقانون الرومي على القانون الإسلامي " للمستشرق الإنجليزي فرجيرالد (Fitzgerald)، حيث استبعد أن يكون للقانون الرومي الغربي أدني تأثير على تأثر الشريعة الإسلامية ، كما ذكر آراء للمستشرق جولد تسيهر " (Gold Ziher) ، تبين بعض التشابه بين الشريعة الإسلامية والقانون، وذلك لتأكيد زعمهم حول تأثرالشريعة الإسلامية بالقانون الروماني فمما ذكره :

أ ـ إن تقسيم الأحكام المكتوبة وغير المكتوبة في الفقه مأخوذة من الفقه الروماني .

ب ـ إن علماء القانون الرومي أعطو وزناً كبيراً لأراء علماء القانون (Opinio Pru dentrm) ، كذلك منح علماء القانون الإسلاميون لأنفسهم الحق الإمتيازي ليروا رأياً شخصياً ذا سلطة . والمصطلح العربي لهذا العمل هو (الرأي) وهو ترجمة المصطلح اللاتيني أوبينيو (Opinio)(٢) .

ج ـ إن القاعدة المعروفة في العربية بالمصلحة أو الاستصلاح هي القاعدة الرومية المسماة بالمرافق العامة (Utilitas Poblic) (٣) .

٢ ـ كتاب " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " تعريب عبدالعزيز فهمي ، حيث ذكر في الملحق الثاني بعض القواعد التي وضعها فقهاء الرومان في أصول الفقه وفروعه المختلفة

---

(١)هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي » مرجع سابق ، ص ١٩ .

(٢) هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي » مرجع سابق ، ص ١٥٥ .

(٣) انظر » مدونة جوستيان في الفقه الروماني » ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٣٦٥ .

وقد قام بوضع خط تحت قواعد الأصول عند فقهاء المسلمين مما كان له مقابل عند فقهاء الرومان ، أي حاول الوقوف على مظاهر التشابه بين قواعد وأصول فقهاء الرومان (١) .

٤ ـ كتاب "المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية " للدكتور عبالكريم زيدان ، حيث رد على شبهة تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ، كما أورد بعض القواعد المتشابهة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني مثل قاعدة (عبء الإثبات على المدعي) والتي جاءت مثلها في الشريعة الإسلامية (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) ، وقاعدة (تحريم أخذ مال الغير بغير الحق) حيث قال : إنها من القواعد الشائعة في جميع الشرائع التي يهتدي إليها العقل السليم وتقضي بها العدالة . كما ذكر اختلافات مهمة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، فمن ذلك نظام السلطة الأبوية ، والزواج مع السيادة والتبني وتحريم الهبات بين الزوجين فهذه أحكام لا وجود لها في الشريعة الإسلامية ، كما أن نظام الوقف الخيري ونظام الحسبة واعتبار الرضاعة مانعاً من الزواج ونظام الشفعة ونظام التعزيز في العقوبات ، وحوالة الدين *، فهي جائزة في الشريعة الإسلامية ، وغير جائزة في القانون الروماني ، كما توجد نظم قانونية مشتركة ولكنها تختلف في قواعدها ، كنظام الزواج والطلاق والميراث (٢) .

٥ ـ مقالة "بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني " للشيخ عبد القادر المغربي ، حيث ذكر بعض القواعد منها " العادة محكمة " ، "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً " ، " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " ، " استعمال الناس حجة يجب العمل بها " ، " التعين بالعرف كالتعين بالنص " حيث قال إنها من القواعد الثابتة بالقرآن وعمل النبي ﷺ والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين (٣) .

٦ ـ مقالة " الاستشراق والفقه الإسلامي " ، للدكتور محمد الدسوقي ، حيث رد على شبهة تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ، كما أورد بعض المصطلحات والأفكار

---

(١) انظر « مدونة جوستيان في الفقه الروماني » ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٣٦٥ .

(٢) انظر « المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية » الدكتور عبد الكريم زيدان ص ٨٣ ، ٨٥ .

(٣) انظر « بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني » الشيخ عبد القادر مغربي ، مجلة الرسالة ، مجلد ص ٧٥٨ .

القانونية ومنهج التدوين التي يدعي بها المستشرقون تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني ، فمن ذلك إن كلمة (فقه) الإسلامية ترجمة حرفية لكلمة (Prudenta) ، اللاتينية ، وأن كلمة (رأي) في الفقه الإسلامي ترجمة كذلك الاصطلاح اللاتيني (Opinion) . وأن مفهوم الإجماع لدى علماء الأصول مأخوذة من معنى الإجماع في القانون الروماني (١) .

وعلى الرغم من كل الدراسات المذكورة وغيرها فإنني لم أقف على دراسة تعالج القضية بالمنهج الذي أرمي إليه وكل ما سبقت الإشارة إليه كتابات متفرقة ، وبطرق متعددة ومختلفة ، ليس فيها ما يعالج القضية نفسها معالجة مركزة من حيث الوقوف عملياً على هذا التشابه أو الاختلاف وتحليله وبيان سبب نشأته ، ومن هنا أجد الموضوع جديراً بالدراسة حيث إنه ما زال يحتاج إلى هذه الوقفة ليتم دحض هذه الشبهة .

رابعاً : منهج البحث

سيعتمد الباحث إن شاء الله تعالى في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي التحليلي المناسب لطبيعة البحث أصالة ، وعلى المناهج الأخرى كالمنهج التاريخي والمقارن تبعاً للحاجة والضرورة . وسيسير الباحث وفق الخطوات التالية :ـ

١ ـ استقراء معظم الأحكام والقواعد المتشابهة في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، وحصر أبرز الأحكام والقواعد المتشابهة .

٢ ـ استقراء معظم الأحكام والقواعد المخالفة في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني وحصر أبرز الأحكام والقواعد المخالفة .

٣ ـ تحليل أسباب هذا التوافق وذاك الاختلاف في المعنى والنشأة .

٤ ـ مناقشة شبهة المستشرقين ملتزماً بالمبدأ الإسلامي المتمثل في قوله تعالى

---

(١) انظر الدكتور محمد الدسوقي « الاستشراق والفقه الإسلامي » حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد الخامس ، ص ٧١٦ ، قطر .

﴿ ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا إعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ (١) .

فإن كان الحق مع المستشرقين فلا مانع من الإعتراف والتنويه بجهودهم العلمية وإن لم يكن الأمر كذلك فالرد عليهم بالأسلوب الإسلامي الذي علمنا إياه القرآن الكريم حيث قال : ﴿ وجادلهم بالتي هي أحسن ﴾ (٢) .

خامساً : قائمة الموضوعات

سوف يكون البحث إن شاء الله محتوياً على الآتي :

مقدمة : تتناول ما يلي

١ ـ أهمية الموضوع وسبب اختياره .

٢ ـ تحديد مجال البحث وحدوده .

٣ ـ الدراسات السابقة .

٤ ـ منهج البحث .

٥ ـ قائمة الموضوعات

تمهيد : التعريف بأهم مصطلحات البحث :

(التشابه ، الاختلاف ، الشريعة الإسلامية ، القواعد الكلية ، الأحكام الشرعية ، القانون الروماني ، التأثر والتأثير)

الفصل الأول : ـ نشأة الأحكام والقوعد الكلية في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني .

المبحث الأول : نبذة عن نشأة الأحكام الشرعية والقواعد الكلية في الشريعة الإسلامية .

المبحثالثاني : نبذة عن نشأة الأحكام القانونية والقواعد الكلية في القانون الروماني .

---

(١) سورة المائدة (٨) .

(٢) سورة النحل (١٢٥) .

الفصل الثاني : القواعد والأحكام المتشابهة :

المبحث الأول : نماذج منها مع توضيح معناها وبيان نشأتها ومصدرها .

المبحث الثاني : بيان أوجه التشابه في المعنى والاختلاف في النشأة والمصدر في تلك النماذج .

الفصل الثالث: القواعد والأحكام المختلفة :

المبحث الأول : نماذج منها مع توضيح معناها وبيان نشأتها ومصدرها .

المبحث الثاني : بيان أوجه الاختلاف في المعنى والنشأة والمصدر فيها .

الفصل الرابع : مناقشة شبهة تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني:

المبحث الأول : مناقشة الاستدلال على الشبهة بمظاهر الاتفاق في الأحكام والقواعد وبيان أنها منقوضة بضدها .

المبحث الثاني : تعليل ظاهرة التشابه في بعض الأحكام والقواعد الكلية في مختلف الشرائع .

المبحث الثالث : إبراز الفوارق الأساسية بين التشريع الإسلامي والقانون الروماني التي تنفي القول بالتأثر المطلق الذي أطلقه بعض المستشرقين أصلاً .

خاتمة : وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات .

فهارس متنوعة .

تمهيد

التعريف بأهم مصطلحات البحث

١ – التشابه

٢ – الاختلاف

٣ – الشريعة الإسلامية

٤ – القواعد الكلية

٥ – الأحكام الشرعية

٦ – القانون الروماني

٧ – التأثر والتأثير

تمهيد :

" التعريف بأهم مصطلحات البحث "

١- التشابه :

الشِّبه والشَّبه والشَّبيه : المِثْل ، والجمع أشباهٌ ، وأشبه الشيء الشيءَ ماثله ، وتشابه الشيئان واشتبها : أشبه كل واحد منهما صاحبه (١) .

والشبه هو أن لايتميز أحد الشيئين من الآخر لما بينهما من التشابه عينياً كان أو معنى ، ومنه قوله تعالى ﴿ الله أنزل أحسن الحديث كتاباً متشابهاً ﴾ (٢) .

يعنى مايشبه بعضه بعضا فى الأحكام واستقامة النظم (٣) .

والمراد بالتشابه فى هذا البحث : التشابه القائم بين بعض القواعد الكلية والأحكام الشرعية فى الإسلام مع بعض المبادئ والأحكام القانونية في القانون الروماني .

٢- الاختلاف :

الخلاف أو الاختلاف في اللغة يعنى عدم اتفاق الشيئين وعدم تساويهما وتضادهما ، يقال : اختلف الشيئان أي لم يتفقا ولم يتساويا ، وتخالفا أي تضادا (٤) .

وقال في المفردات : الاختلاف والمخالفة أن يأخذ كل واحد طريقاً غير طريق الآخر في حاله وقوله « والخلاف أعم من الضد ، لأن كل ضدين مختلفان ، وليس كل مختلفين ضدين ، ولما كان الأختلاف بين الناس قد يقتضي التنازع استعير ذلك للمنازعة (٥) .

---

(١) « لسان العرب » لابن منظور الإفريقي ، ج ٥٠٦/١٣ ، « المفردات في غريب القرآن » الاصفهاني ، ص ٢٥٤.

(٢) سورة الزمر آية (٢٣) .

(٣) « المفردات في غريب القرآن » الأصفهانى ، ص ٢٥٤ .

(٤) « المعجم الوسيط » ، ج ٢٥١/١.

(٥) « المفردات في غريب القرآن » للراغب الأصفهانى ، ص ١٥٦ .

وعلى هذا يمكن القول بأن الخلاف والاختلاف يراد به مطلق المغايرة في الأقوال والأحوال والآراء والهيئات والمواقف .

ومعلوم أن مجالات الخلاف والاختلاف في حياة الناس كثيرة جداً لاتكاد تنضبط أو تنحصر ، والمراد بالاختلاف هنا : هو الاختلاف القائم بين القواعد الكلية والأحكام الشرعية في الإسلام ، وبين بعض القواعد والأحكام القانونية في القانون الروماني .

٣- الشريعة الإسلامية :

الشريعة الإسلامية جملة مكونة من كلمتين هما « الشريعة » و « الإسلامية » ، والشريعة في أصل الاستعمال اللغوى مورد الماء الذي يقصد للشرب ، والتشريع مصدر شرع بالتشديد ، وشرعة الماء أي مورد الماء الذي يقصد للشرب ، واستعملها العرب فى الطريقة المستقيمة ، وشرع بمعنى نهج وأوضح وبين المسالك ، وشرع لهم يشرع شرعاً أي سن (١) .

وفى الاصطلاح الشرعي : ماشرع الله لعباده من الدين ، أي من الأحكام المختلفة (٢) . وسميت هذه الأحكام شريعة لاستقامتها ولشبهها بمورد الماء لأن بها حياة النفوس والعقول كما أن في مورد الماء حياة الأبدان .

أما الإسلام ، فمعناه الانقياد والاستسلام لله تعالى ، ثم خص استعماله بالدين الذي أرسل الله به نبيه محمداً ﷺ وبهذا المعنى وردت كلمة الإسلام في قوله تعالى ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً ﴾ (٣) وقوله تعالى ﴿ ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين ﴾ (٤) .

---

(١) المختار من صحاح اللغة ، في ٢٦٥ ، الجامع الأحكام القرآن » للقرطبي ، ج ١٦ ص ١٠ .

(٢) « الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، ج ١٦ ص ١٦٣ ، شرح المنار في الأصول ص ١٢ .

(٣) سوره المائده ، أيه ٣ .

(٤) سورة آل عمران آيه ٨٥ .

وعلى هذا ، فالشريعة الإسلامية في الاصطلاح الشرعي هي الأحكام التي شرعها الله لعباده سواء أكان تشريع هذه الأحكام بالقرآن أم بسنه البنى ﷺ من قول ، أو فعل أو تقرير(١) .

٤- القواعد الكلية :

معنى القاعدة في اللغة الأساس (٢) ، وتجمع على قواعد وهي : أسس الشيء وأصوله حسياً كان ذلك الشيء : كقواعد البيت ، أو معنوياً : كقواعد الدين أي دعائمه .

أما القاعدة من الناحية الاصطلاحية « فهي قضية كلية مطبقة على جميع جزئياتها (٣) .

وعرفها العلامة التفتازاني بأنها « حكم كلي ينطبق على جزئيات ليتعرف أحكامها منه»(٤).

ومن التعريفات الاصطلاحية السابقة تظهر صورة واضحة لاصطلاح عام للقاعدة ، وقد جرى هذا الاصطلاح في جميع العلوم ، فإن لكل علم قواعد ، فهناك قواعد أصولية وقانونية ونحوية وفقهية ... الخ فالقاعدة عند الجميع هى أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته .

أما في اصطلاح الفقهاء فالقاعدة هي : حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته ، وذلك كقولهم « الأمور بمقاصدها » وقولهم « الأصل بقاء ماكان على ماكان حتى يقوم الدليل على خلافه » .

فالقواعد الفقهية هي أصول كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها (٥) .

---

(١) « الجامع لأحكام القرآن » القرطبي ج ١٦ ، ص ١٦٣ .

(٢) « المفردات في غريب القرآن » الراغب الأصفهانى ، ص ٤٠٩ .

(٣) « التعريفات » الجرجانى ، ص ١٧١ .

(٤) « التلويح على التوضيح » التفتازاني ، ج ١ ، ص ٢٠ .

(٥) « شرح القواعد الفقهية » الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، ص ٣٤ .

٥- الأحكام الشرعية :

الأحكام جمع حكم ، والحكم : العلم والفقه والقضاء بالعدل ، وهو مصدر حكم يحكم (١).

والحكم الشرعي له عدة تعريفات منها خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءاً أو تخييراً أو وضعاً » ، وقيل هو : أثر خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءاً أو تخييراً أو وضعاً » ، وهذا التعريف اختاره بعض الأصوليين مع مامشى عليه الفقهاء (٢) .

وينقسم الحكم الشرعي إلى عدة أقسام ، حيث اتخذ علماء الأصول في تقسيماتهم للحكم أشكالاً عديدة ، وسلكوا طرقاً متنوعة ، حتى اختلف تقسيمهم له بحسب الاعتبارات التي لاحظها كل فريق ورأى أنها أجمع لأنواعه ، فقسمه فريق باعتبار ذاته إلى إيجاب وندب وتحريم وكراهة وإباحة ، كما قسمه باعتبار الطلب والتخيير إلى تحسين وتقبيح ، ثم قسمه إلى سبب ومسبب ، وصحة وفساداً ، وإلى أداء وقضاء وإعادة وإلى رخصة وعزيمة .

كما قسمه بعضهم إلى قسمين أساسين وهما : الحكم التكليفي ، والحكم الوضعي ، والحكم التكليفي هو (أثر خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال العباد طلباً أو تخييراً) . أما الحكم الوضعي هو : (أثر خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال العباد وغيرهم عن طريق الوضع) ، وذلك بجعل الشيء ركناً في شيء أو شرطاً له ، أو سبباً أو مانعاً ، أو صحيحاً أو فاسداً (٣) .

٦- القانون الروماني :

كلمة « قانون » يونانية الأصل ، وكانت تستعمل بمعنى القاعدة ودخلت إلى اللغة العربية للدلالة على مقياس كل شيء .

والقانون يطلق على مجموعة القواعد والمبادئ والأنظمة التي يضعها أهل الرأي في أمة من الأمم ، لتنظيم شؤون الحياة الاجتماعية والاقتصادية استجابة لمتطلبات الجماعة ، وسداً

---

(١) « لسان العرب لابن منظور الأفريقي » ج ١٢ ص ١٤٨ .

(٢) « الحكم التكليفي فى الشريعة الإسلامية » محمد أبو الفتح البيانوني ، ص ٢٨ .

(٣) مرجع سابق ، ص ٤٥ .

لحاجاتها وهو تعبير عن واقعها ، يبين مدى ماوصلت إليه من رقي ، وما أحرزته من تقدم ، ويقدر ماتستفيد الأمة من تجارب بقدر ماتصحح من أخطاء قانونها وتعمل على تغييره وتطوره حتى يكون ملائماً لطبيعة حياتها (١) .

والقانون بهذا المعنى يختلف في كل أمة عن أختها لاختلاف حياة الأمم في العادات والتقاليد والأعراف ، واختلافها في درجات العلم والمعرفة .

ولا اعتبار في القانون عند غير المسلمين للفضائل الأخلاقية التي توقظ الضمير الإنساني وتربي فيه عواطف الخير ، وتحفزه إلى مراعاة الحقوق الأدبية والتقيد بالتزاماتها ، كما أنه لا اعتبار فيه للعقيدة الدينية التي تصل العبد بخالقه ، وتحدد علاقته بربه ، وتبين أصل نشأته ، ومصيره في الآخرة (٢) .

والقانون الروماني الذي نعنيه في هذا البحث هو ذلك القانون الذي كان سائداً في العصر البيزنطي ، ولذلك يطلق عليه أحياناً بالقانون الروماني البيزنطي وقد جمعت قواعده في عهد الامبراطور«جوستنيان » * المتوفي سنة ٥٦٥ م (٣) .

٧- التأثر والتأثير :

الأثر : بقية الشيء ، والجمع آثار وأثور يقال خرجت في إثره، وفي أثره ، أي بعده . والأثر بالتحريك مابقى من رسم الشيء . والتأثير إبقاء الأثر في الشيء ، وأثر في الشيء ترك فيه

---

(١) « تاريخ النظم القانونية والاجتماعية » صوفى أبو طالب ، ص ٣ .

(٢) « التشريع والفقه فى الإسلام تاريخاً ومنهجاً » مناع القطان ، ص ١٣/١٤ .

* جوستنيان : امبراطور بيزنطى ولد سنة ٤٨٣ ميلادية وتوفى سنة ٥٦٥م ، كان مصراً على القيصرة وسيادة الامبراطور على الكنيسه ، كان مضهداً للقائلين بالطبيعة الواحدة للمسيح ، ثم حاول مصالحة هؤلاء ، فدعا إلى مجمع دينيا (القسطنطينية ، المجمع الثانى) ، دخل فى مناقشات مختلفة حول العقيدة ، ولم ينجح فى توحيد المذاهب مطلقاً ، وانساق إلى الهراطقة . أعظم ما أنجزه هو جمع القانون المدنى الذى عرف بمجموعة القانون المدني شيد كنيسة أباصوفيا . (انظر : الموسوعة العربية الميسره ، ج ٢ ، ص ١٩٩١) .

(٣) « الإسلام وموقف علماء المستشرقين » عبد الحمد متولى ، ص ٣٩ .

أثراً (١) .

وقال العلامه الجرجاني في تعريف الأثر « أثر الشيء حصول مايدل على وجوده » (٢) .

ولمناقشة شبهة تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني في هذا البحث لابد من توضيح بعض الاصطلاحات المستخدمة حتى لاتطلق الأحكام مطلقاً فهناك مصطلح : التأثر والتأثير ومصطلح التوافق والأخذ والاقتباس .

فالتأثر والتأثير بين شيئين متماثلين إذا وجد في وقت واحد أمر طبيعي وفطري لايحتاج لإقامة الدليل عليه ، وقد يكون تأثيراً مباشراً أو غير مباشر ، ومقصوداً وغير مقصود ، أما إذا اختلفت طبيعة الشيئين فالأصل فيهما عدم التأثر المباشر والمقصود ، أما التأثر غير المباشر وغير المقصود فيمكن أن يحدث ولكن لابد من إقامة الدليل على حدوثه .

ولما كان الفرق بين التشريع الإسلامي وغيره من القوانين كائناً في قيام التشريع الإسلامي على خصيصة ربانية وقيام القوانين الأخرى على خصيصة بشرية ، كان التأثر المفترض هو تأثر القانون البشري بالقانون الرباني وليس العكس .

ولما كان التشريع الإسلامي قائماً على جانبين هما : النقل والعقل ، كان تصور التأثر في الجانب العقلي ممكناً ، لأن الأصل في البشر أن يتأثر بعضهم ببعض ، ولكن هذا التأثر محكوم عليه بموافقة النقل ، ومن هنا كانت اجتهاد المجتهدين مقيداً بعدم مخالفة الشرع .

فإذا كان الأخذ من الآخرين مفروضاً بشكل من الأشكال على الطرف الآخذ فيطلق عليه التأثر والتأثير ، وإذا كان الآخذ من الآخرين محكوماً بضوابط منهجية فيطلق عليه اقتباس أو أخذ أو توافق .

ولا شك أن مادخل في الأحكام الشرعية الإسلامية من غيرها من القوانين ، إنما هو أخذ واقتباس وتوافق ، لأنه لايقبل عقلاً أن يفرض الضعيف وهو القانون - على القوى شيئاً وهو الشريعة ، لأن القوي يأخذ ويقتبس من غيره عند الحاجة ، ذلك أن الفكر نتاج العقول البشرية

---

(١) « لسان العرب » لابن منظور الأفريقي ، ج٤ ، ص ٢٤٩ .

(٢) « المفردات في غريب القرآن » الأصفهاني ، ص ٩ .

وهي ميراث مشترك بين الأمم لاحجر فيه على أحد .

فإذا أريد بدعوى المستشرقين تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني التأثر المطلق والمفروض ، فهو مرفوض ، لأن في الشريعة الإسلامية جانبين ، جانب رباني وآخر بشري ، ولايتصور تأثر الجانب الرباني مطلقاً ، ولأن الفرض إنما يكون عادة من القوي على الضعيف وليس العكس .

أما إذا أريد بالتأثر تأثر الأخذ والإقتباس فإنه متوقع ولاحرج منه ولكن لابد من إقامة الدليل عليه .

الفصل الأول

نشأة الأحكام والقواعد الكلية في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني

المبحث الأول : نبذة عن نشأة الأحكام الشرعية والقواعد الكلية في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني : نبذة عن نشأة الأحكام القانونية والقواعد الكلية في القانون الروماني

المبحث الأول :

نبذه عن نشأة الأحكام الشرعية والقواعد الكلية في الشريعة الإسلامية

ساد العالم قبيل البعثة في القرن السادس الميلادي دولتان كبيرتان على مقربة من جزيره العرب إحداهما دولة فارس في الشمال الشرقي والأخرى دولة الروم في الشمال والغرب، ولكل دولة من هاتين الدوليتين عقيدة وحضاره وثقافة وقانون .

ففي فارس تعاقبت الملوك والأكاسرة والذين بسطوا نفوذهم على أجزاء العالم المحيطة بهم ، وبنوا لأنفسهم حضارة سميت بالحضارة الفارسية ، واشتهر الفرس بميلهم إلى عبادة المظاهر الطبيعية ، وكانت تعاليم « زرادشت » - الذي زعموه نبياً لهم - تقوم على أساس أن هناك نزاعاً وتصادماً بين القوى المختلفة بين النور والظلمه ، والخصب والجذب .... إلخ

وأن للعالم أصلين أو إلهين : أصل الخير ، وأصل الشر ، وهما في نزاع دائم وترى - الزرادشتية - أن للإنسان حياتين : حياة أولى في الدنيا ، وحياة أخرى بعد الموت ، ونصيبه من حياته الأخرى نتيجة لأعماله في حياته الأولى ، واتخذ الفرس النار رمزاً لآلهة الخير ، يشعلونها في معابدهم ، وكان للفرس قانون في عهد الدولة الساسانية ، اشتمل على الأحوال الشخصية كالزواج ، وعلى الملكية وعلى الرق وبعض الشؤون العامه (١)

أما دولة الروم التي كان يحكمها القياصرة فقد قامت حضارتها على الفلسفة النظرية والجدل المنطقي « اليوناني » ثم « الروماني » . وتوارثت أراء سقراط وأفلاطون وأرسطو ، وسيطرت على مناطق البحر الأبيض المتوسط ، بما في ذلك الشام ومصر والمغرب ، حيث كانت عقائد النصرانية على اختلاف مذاهبها .

ولقد لجأت النصرانية إلى الفلسفة اليونانية لتستعين بها على الجدل ، ولتؤيد تعاليمها وعقائدها أمام الوثنيين ، وكانت الإسكندرية هي المركز الجغرافي لمزج الدين بالفلسفه ، وظهر فيها المذهب المعروف بـ « الإفلاطونية الحديثه » ، وذلك منذ عام ٢٠٠ميلاديه تقريباً ، وظلت النصرانية منتشرة في الشام ومصر والمغرب والحبشة والعراق .

---

(١) انظر « التشريع والفقه فى الإسلام مناع القطان » ، ص ٢٩ - ٣٠ .

وبإزاء هذا كله ، كانت بقايا اليهودية متناثرة في بعض الأماكن بشمال الجزيره العربية وفي داخلها بـ « يثرب » ولهؤلاء عقائدهم وموروثاتهم الدينية . (١)

وأما العرب فقد كان أكثرهم من البدو الرحّل الذين يعيشون في الصحراء ، يربطهم نظام القبيلة بأعرافه الاجتماعية ، وعاداته التقليدية ، ويحكمهم رؤساء القبائل الذين يفصلون في الخصومات ولهم سلطة الأمر والنهي عليهم .

وأقام بعضهم في المدن كمكة ، ويثرب والطائف وباشروا الزراعةوأُمتهنوا بعض الصناعات ، ولم يكن العرب في معزل عن الثقافات المحيطة بهم ، بل إن النزاع الدائم بين الفرس والروم أدى إلى استفادة كل من الجانبين بالعرب ، حتى يكونوا ردءاً لصد غارات البدو عليهم .

ومع أن العرب قد ورثوا شيئاً من ملة إبراهيم عليه السلام ، فإن طبيعتهم الخشنة ظلت مستعصية أمام هذه العوامل لغلبة الجهل ، وإنتشار الوثنية جعلهم يعيشون في تناحر وفوضى ، ومع ذلك كله فقد كانت لهم تقاليد في مأكلهم ومشربهم وملبسهم وفي نكاحهم وفي بيوتهم وسائر معاملاتهم .

تلك هي حال العرب والعالم قبل البعثة ، وهي حال يستطير شرها ، ويتفاقم خطرها بما أورثته للإنسانية من استبداد وظلم وشقاء وفساد ، وفي وسط هذا الجو الخانق القاتل لقيم الحياة الإنسانية ومطالبها الروحية ، انبعث من بطحاء مكة صوت قوي رهيب يقول : لا إله إلا الله .

كان ذلك الصوت الداوي صوت محمد ﷺ، الذي اختاره الله ليهدي العقول الحائره إلى نور الإيمان ، بالعقيدة الصحيحة ، ويفتح لها مسالك العلم النافع ويمنحها العدل الذي يحطم قيود العنف والجبروت ، والحرية التي ترقى بمستوى الإنسانية وتحفظ لها حقوقها ، والمساواة التي تهب لكل فرد فرصة يستثمر فيها مواهبه لخير المجتمع وصالحه ، فأنذر وبشّر ، وأعلن دعوته ربانية عالمية ، تتخطى جبال الحجاز ، وهضاب نجد سعة البحار والوهاد ، لتعلن على

---

(١) « التشريع والفقه في الإسلام » مناع القطان ، ص ٢٢، « المدخل لدراسة الشريعة » عبد الكريم زيدان ، ص ٢٠.

الملأ إنسانيتها ، وتدعو البشرية على اختلاف أجناسها للإنضواء تحت لوائها ، قال تعالى {قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعاً } (١) وقال تعالى { وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً } (٢)

ومع هذا فقد أبقى الإسلام التعاون والتناصر بين أفراد القبيلة في الخير ومن مظاهر هذا التعاون ماأوجبته الشريعة الإسلامية من وجوب الدية في القتل الخطأ على عصبة الجاني ، وأبطل الإسلام عادة النهب والسلب وشن الغارات والاعتداء على الآخرين ، كما أنكر الإسلام عاده وأد البنات وحرمها واعتبرها بحق من سيء العادات ، فالأنثى كالذكر ، كما أن الإسلام أقر ماعند عرب الجاهلية من كريم الصفات وجميل الأخلاق مثل الوفاء بالعهد والصدق ورعاية الجار والشجاعة والكرم (٣) .

ويخلص لنا من جميع ماتقدم أن الشريعة الإسلامية ، أبقت من عادات عرب الجاهلية ماكان صالحاً منها ومتفقاً مع مبادئها ، وألغت ماكان فاسداً منها ولايتفق مع مثلها ومبادئها .

وهذا التشريع لم يأت جملة واحده بل مر بعدة مراحل ، فلذلك يذهب بعض الباحثين في تقسيم أدوار التشريع والفقه الإسلامي إلى مراعاة النشأة والتطور ، والقوة والضعف ، في تاريخ الفكر الإسلامي ويذهب آخرون في تقسيمهم إلى مراعاة الأحداث السياسية والاجتماعية التي كان لها أثر في التشريع والفقه الإسلامي فيقسمونه إلى ستة أدوار (٤) .

كما تحدث بعض المحدثين عن نشأة القواعد الكلية وجعلها في ثلاثة أطوار أساسية وسأكتفي هنا بعرض الأدوار لكل من الأحكام والقواعد ، وبيان الملامح العامة لكل طور ، مع الإحالة إلى مواطن البحث فيه .

---

(١) سورة الأعراف ، آية ١٥٨ .

(٢) سورة سبأ ، آيه ٢٨ .

(٣) « المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية » ، عبد الكريم زيدان ، ص ٢١ – ٢٢ .

(٤) « التشريع والفقه فى الإسلام تاريخاً ومنهجاً » ، مناع القطان ، ص ٢٥ .

أما أدوار نشأة الأحكام الفقهية فهي :

الدور الأول : عهد التشريع

ويبدأ هذا الدور ببعثة النبي ﷺوينتهي بوفاته ، وهذا العهد ينقسم إلى فترتين ، فترة مكية وفترة مدنية ، وجل مانزل في الفترة المكية كان في التوحيد ورد العقائد الفاسدة وبيان الحجج الدافعة على إثبات وجود الله ووحدانيته وصفاته العلى وإثبات النبوة وأخبار تاريخ مامضى من الأمم ورد عقيدة الوثنية وبث مكارم الأخلاق مع قليل من الأحكام الفقهية الفرعية .

أما في الفترة المدنية فأخذت الأحكام تأتي تباعاً تبين أحكام الدين بعد أن تأصلت العقيدة في نفوس المسلمين ، فشرعت الزكاة والصيام والحج ، وتناولت الأحكام شؤون التعامل فأحل الله البيع وحرم الربا وبين أحكام النكاح ومايتعلق به ، وأوجبت العقوبات المناسبة لكل جريمة وفرض الجهاد (١) .

وكان للتشريع في هذا العصر مصدران ، الوحي الإلهي واجتهاد الرسول نفسه ، فإذا طرأ مايقتضي تشريعاً من سؤال أو حادثة ، أوحى الله إلى رسوله في ذلك قرآناً كقوله تعالى {يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه ، قل قتال فيه كبير } (٢) وقوله تعالى { يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما } (٣) ، وإن لم يوح الله لرسوله اجتهد في التعرف على الحكم ، فإن أصاب فذاك ، وإن كان غير ذلك سدده الله تعالى كما حدث في قبول الفداء في أسرى بدر كما في قوله تعالى { ماكان للنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض ، تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة } (٤) .

---

(١) انظر « تاريخ التشريع » للخضرى ، ص ١٥ ، « الفكر السامى » ، ص ١ ص ١٦ ، ١٧ ، « المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية » عبد الكريم زيدان ص ١٠٨ .

(٢) سورة البقرة آية (٢١٩) .

(٣) سورة البقرة آية (٢١٧) .

(٤) سورة الأنفال آيه (٦٧) .

الدور الثاني : عصر الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم .

بعد أن توفي رسول الله ﷺ انتقلت مسؤولية النظر في الأحكام إلى أصحاب رسول الله ﷺ حيث وجد في المجتمع مستجدات وحوادث تختلف عما كان في زمن النبوة .

ونظراً لاتساع دولة الإسلام وتعدد أجناس أهلها كان لابد لكل نازلة جواب ، لذا تميز هذا العصر بأمور منها :

١- استعمال الرأي والقياس بصورة بارزة في استخراج الأحكام لما لم يسبق من الحوادث ، وقد كان الاجتهاد في زمن رسول الله ﷺ لايمارسه الصحابة إلا قليلاً .

٢- تولد الإجماع إذ كان منهاج الخليفتين الأولين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، جمع الصحابة في الحوادث واستفتائهم والعمل بما يتفقون عليه.

٣ - تفرق الصحابة بعد وفاة عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الأمصار وتوليهم سلطة التعليم والفتيا والتبيين والتفسير للنصوص .

وكان المنهج المتبع في التشريع في هذا العصر الإقتصار على ماتدعو إليه الحاجة فقط وعدم سبق الحوادث بالتشريع (١) .

الدور الثالث : عصر صغار الصحابة وكبار التابعين :

وقد بدأ هذا العهد سنة إحدى وأربعين هجرية بخلافة معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه وانتهى بنهاية القرن الأول الهجري .

من أشد العوامل المؤثرة في الفقه في هذا الدور ماحصل من الفتنة بين على معاوية رضي الله عنهما ، انقسم أصحاب علي إلى ثلاث فرق ، فرقه ضده وضد معاوية وهؤلاء هم الخوارج ، وفرقة الشيعة وهم مخالفون في علي رضي الله عنه ، وفرقة السنة والجماعه وهؤلاء كانوا مع علي ثم معاوية رضي الله عنهم .

---

(١) انظر « الفكر السامى فى تاريخ الفكر الإسلامى » ج ١ ، ص ٢٢٧ - ٢٦٠ ، « خلاصة تاريخ التشريع » عبد الوهاب خلاف ص ٤٢ ، ٤٣ .

وظهر في هذا الدور الكذب على رسول الله ﷺ ، وساعد في ذلك عدم تدوين السنة في عصر الخلفاء الراشدين ، من أجل هذا انشأت فكره تدوين الحديث فأمر الخليفة عمر بن عبدالعزيز قاضيه في المدينة ابن حزم أن يدون حديث رسول الله ﷺ .

وفي هذا الدور افترق الفقهاء إلى عراقيين وحجازيين ، وقد عرف أهل الكوفه بأهل الرأي لكثرة اعتمادهم على الرأي ولقلة ماوصل إليهم من الحديث ، وعرف أهل المدينة بأهل الحديث لكثرة رواية الحديث بينهم ولقلة حاجتهم إلى استعمال الرأي لندرة الحوادث المعقدة لديهم .

ومما يميز هذا العصر كذلك استقلال علم الفقه ، بحيث أصبح اختصاصاً ينصرف إليه من ينصرف من الأئمة ، ومن أهم الظواهر في هذا الدور ظهور النزاع بين أهل الحديث وأهل الرأي (١) .

الدور الرابع : عهد التدوين والأئمة المجتهدين .

ويبدأ هذا الدور من أوائل القرن الثاني إلى منتصف القرن الرابع الهجري ، ويعد بالعصر الذهبي للفقه ، حيث كان من أهم الدوافع التي دفعت بالفقه إلى الأمام أمور منها :-

١- تفرق العلماء في الأفاق لتعليم الأمة وتوجيهها تأسياً بالرسول ﷺ وأصحابه .

٢- كتابة العلم وتدوينه .

٣- اهتمام العباسيين بالفقهاء .

وقد أثمر ذلك أن دون الفقه تدويناً علمياً مذهبياً وظهرت مؤلفات عديدة ، وعني بالسنة عناية فائقه من أجل حمايتها وصيانتها من الكذب ، كما بدىء بتدوين علم أصول الفقه ، وأول ماوصل إلينا في هذا الفن رسالة الإمام الشافعي رحمه الله .

كما تميز هذا الدور بوجود أئمة مجتهدين لهم أخلاق عالية وهمم عظيمة دفعت إلى وجود مذاهب عدة منها المذاهب الأربعة ، وتطور الفقه حتى شمل جميع مناحي الحياة ودخلت إليه

---

(١) انظر « الفكر السامي » ج ١ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، « التشريع والفقه في الإسلام » القطان ، ص ١٩٨ - ٢١٠ ، « الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية » ، ص ١١٦ ، ١١٨ .

كثير من المسائل الافتراضية النادرة الوجود .

وفي هذا الدور احتدم الجدل في أصول مهمة كالقياس ، والاستحسان ، والمصالح المرسلة وخبر الآحاد وغيرها ، وظهرت بعض الاصطلاحات الفقهية (الفرض ، الواجب ، السنة ، المندوب ، المستحب) (١) .

كذلك تميز هذا الدور بظهور كثير من القواعد الفقهية مثل « اليقين لايزول بالشك » «الأصل براءة الذمة » ، « الضرر يزال » ، « المشقة تجلب التيسير » (٢) .

الدور الخامس : عصر التقليد والجمود .

ويبدأ هذا الدور من منتصف القرن الرابع إلى منتصف القرن السادس الهجري ، أي إلى سقوط بغداد ، وأخذ الفقه في هذا الدور يضعف شيئاً فشيئاً لأسباب منها : -

- قصور الهمم عن الاجتهاد إلى الاقتصار على الترجيح في الأقوال المذهبية والاختيار منها ، مما أدى إلى قلة وجود المجتهد المطلق ، بل صار أكثر الفقهاء مقلدين أو مجتهدين مقيدين ، على أنه لم يخل الحال من بعض المجتهدين الذين لمع صيتهم وعم نفعهم .

- التعصب المذهبي ، فقد قام بعض أتباع الأئمة المجتهدين بالتعصب لأفكار أئمتهم وهذا التعصب حمل بعضهم على الجمود عليها ودعوة الناس لها وتحريم الخروج عليها ، وبعضهم جعل قول إمامه كقول الرسول ﷺ ، ومنهم من ادعى تأويل ماخالف مذهبه من كتاب وسنة رسوله ، فجعل مذهبه هو الحاكم على الكتاب والسنة .

ومع هذا فإن هذا الدور لم يخل من محاسن عظيمة ومن علماء كبار سجلهم التاريخ في أزهى صفحاته ، فمن محاسن هذا الدور : -

- قيام العلماء بإظهار علل الأحكام التي استنبطها أئمتهم ، وهؤلاء هم علماء التخريج

---

(١) انظر « الفكر السامى » ج ١ ص ٢٣١ ، « المدخل لدراسة الشرعية الإسلامية » عبد الكريم زيدان ، ص ١٤٢ ، ١٤٣ .

(٢) انظر « المدخل الفقهى العام » للزرقاء ، ج ١ ص ١٨٢ ، ١٨٧ ، « الأشباه والنظائر »السيوطى ، ص ٥ ، ٥٢ .

أي علماء البحث عن علل الأحكام .

- الترجيح بين الآراء المختلفة في المذهب الواحد، وقد وجدت كتب كثيرة كتبت في هذا الجانب .

- استخلاص قواعد الاستنباط من فروع المذاهب للتعرف على طرق الاجتهاد التي سلكها إمام المذهب ، وبهذا تمت قواعد علم أصول الفقه (١) .

الدور السادس :

ويبدأ هذا الدور من منتصف القرن السادس إلى اليوم، وفي هذا الدور ضعف الفقه أكثر من ذي قبل ، وساد الناس الفكر التقليدي المغلق ، وانصرفت الأفكار عن تلمس العلل والمقاصد الشرعية في الأحكام .

وفي هذا الدور كذلك اتجه الفقهاء إلى الاختصار في الفقه اختصاراً غريباً ، وهو الاجتهاد في جمع كثير من المسائل في القليل من الألفاظ فتحول الكلام إلى مايشبه الألغاز .

وكذلك وجد في هذا الدور من يتكلف تأويل الحديث ليوافق مذهبه ، ومع هذا فإن هذا الدور لم يخل من علماء أجلاء منهم من بلغ مرتبة الاجتهاد بل فاق كثيراً من العلماء الذين سبقوه مثل شيخ الإسلام ابن تيمية ، والإمام النووي ، والذهبي ، وابن حجر العسقلاني ، وابن قيم الجوزية ... الخ ، يشهد لهم بذلك مؤلفاتهم الكثيرة (٢) .

أما عن نشأة القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية ، فإنها لم توضع كلها في جملة واحدة كما توضع النصوص القانونية في وقت معين على أيدي أناس معلومين ، كما أنه لايعرف لكل قاعدة من القواعد الفقهية واضع معين من الفقهاء إلا ماكان نصاً قرآنياً كقوله تعالى﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (٣) ، أو نص حديث نبوي كقوله ﷺ : (لاضرر

---

(١) انظر « الفكر السامى فى تاريخ الفكر الإسلامى » الثعالبي ج ١ ، ص ١٦٢ ، ١٦٣ ، « تاريخ التشريع الخضرى » ، ص ٢٤٠ ، « المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية » عبد الكريم زيدان ص ١٤٦ - ١٤٩ .

(٢) انظر « تاريخ التشريع » الخضرى ، ص ٢٦٩ ، « الفكر السامى » الثعالبى ، ج٢ ، ص ٤٠٠ ، « تاريخ المذاهب الفقهية » لأبى زهرة ، ص ٢٦٠ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٧٥ .

ولا ضرار) (١) حيث جرى ذلك مجرى القواعد ، أو مأثر عن بعض أئمة المذاهب وكبار اتباعهم من عبارات جرت بعد ذلك مجرى القواعد ، كقول أبي يوسف « ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف » (٢) وكقاعدة « لاينسب لساكت قول » المنسوب وضعها للإمام الشافعي.

لذلك فالقواعد الفقهية تكونت مفاهيمها وصيغت نصوصها بالتدريج في عصور ازدهار الفقه ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح . استنباطاً من دلالات النصوص الشرعية العامة ومبادئ أصول الفقه وعلل الأحكام والمقررات العقلية ، لذلك تحدث بعض المحدثين عن نشأة القواعد الكلية وجعلها في ثلاث أطوار أساسية هي :

الطور الأول: طور النشوء والتكوين

وهو عصر التشريع الذي كانت فيه البذرة الأولى للقواعد الفقهية ، فإن كلام الله عز وجل أفصح الكلام وأبلغه - بل لم يستطع أحد من الثقلين الإنس والجن أن يأتي بمثله - أن يكون مصدراً من مصادر القواعد الفقهية ، من ذلك قوله تعالى { وتعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الإثم والعدوان } (٣) ، قيل يظهر عند تدبر هذه الآية الكريمة أنها تحتوي على قاعدتين مهمتين تتعلق أولا هما بجلب المنافع والثانية بدرء المفاسد .

وكذلك فإن أحاديث النبي ﷺ الذي أنطقه الله بجوامع الكلم ، كانت في كثير من الأحكام بمثابة القواعد العامة التي تنطوي تحتها الفروع الفقهية الكثيرة ، فهي بجانب كونها مصدراً خصباً للتشريع واستنباط الأحكام تمثل القواعد الكلية الفقهية ، وأصدق شاهد على ذلك أن بعض الأحاديث مثل قوله ﷺ « لاضرر ولا ضرار » ، « البينه على المدعي واليمن على من أنكر» ، وماسواها من جوامع الكلم ، أضحت عند الفقهاء قواعد ثابتة مستقلة ، وجرت مجرى

---

(١) « سنن ابن ماجه » ، عن أبي سعيد الخدري وابن عباس وعباده بن الصامت رضي الله عنهم جميعاً ، كتاب الأحكام ، باب حق من بنى مايضر بجاره ، حديث رقم ١٨٩٥ ، ج٢/٣٩ .

(٢) « كتاب الخراج » لأبي يوسف ، ص ٦٥ .

(٣) سورة المائدة آية (٢)

القواعد الفقهية (١) .

وكذلك إذا تأملت بعض الآثار المنقولة عن الصحابة رضي الله عنهم تلمست هذه الظاهرة ، من ذلك القول المشهور عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (مقاطع الحقوق عند الشروط)(٢) وقول ابن عباس رضي الله عنهما « كل شيء في القرآن؛أو أو مخير ، وكل شيء : فإن لم تجدوا فهو الأول » (٣) فرواية عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعتبر قاعدة في باب الشروط ، ورواية ابن عباس رضي الله عنهما تعتبر قاعدة في باب الكفارات والتخيير فيها .

ومن القواعد المأثورة في عصر التابعين مانقل عن بعض أقوال الإمام القاضي شريح الكندي كقوله (من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه) (٤) . وكذلك قوله : (من ضمن مالاً فله ربحه) ، فكأنه يشير بقوله إلى القاعدة المشهورة (الخراج بالضمان) التي هي نص الحديث النبوي .

ومن القواعد في عصر أئمة الفقه المجتهدين ماروي عن القاضي أبي يوسف أنه قال (ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف) (٥) ؛ فهذه العبارة نظيرة للقاعدة المشهورة المتداولة « القديم يترك على قدمه » ، وكذلك ماروي عن الإمام مالك رحمه الله أنه قال « كل مالا يفسد الثوب فلا يفسد الماء » (٦) قال ذلك في معرض جواب لما سئل عن خرء الطير، وماروي عن الإمام الشافعي من القواعد المنسوبة له « لاينسب إلى ساكت قول » ، وعن الإمام

---

(١) انظر « القواعد الفقهية » على أحمد الندوى ، ص ٧٩ ، ٨٠ .

(٢) « صحيح البخاري مع شرح الكرماني » ، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ، وباب : الشروط في النكاح ١١١/١٩ .

(٣) رواه عبد الرزاق عن الثوري عن الليث عن مجاهد عن ابن عباس في باب الكفارات : بأي الكفارات شاء كفروا؟ ٣٩٥/٤ .

(٤) « صحيح البخاري بشرح الكرماني » ج ٥٥/١٢ .

(٥) « كتاب الخراج » للقاضي أبو يوسف ص ١٨٠ .

(٦) « المدونة الكبرى » – مالك بن أنس ، ٦/١ .

أحمد بن حنبل رحمه الله « كل ماجاز فيه البيع تجوز فيه الهبة والصدقة والرهن » (١) .

فمن خلال هذا العرض الوجيز لبعض الآيات والأحاديث والآثار والأقوال في معنى القواعد الفقية ، يمكن القول بناءً على هذه النماذج المأثورة أنه قامت اللبنة للقواعد الفقهية في غضون القرون الثلاثة الأولى ، حيث شاع فيها استعمال تلك القواعد وتبلورت فكرتها ، وإن لم يتسع نظامها لعدم الحاجة إليها كثيراً في تلك العصور .

الطور الثاني : طور النمو والتدوين .

ذكر السيوطي رحمه الله عن أبي سعيد الهروي الشافعي « أن بعض أئمة الحنفيه بهراة بلغة أن الإمام أبا طاهر الدباسي ، إمام الحنفية بما وراء النهر ، رد جميع مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشر قاعدة ، فسافر إليه ، وكان أبو طاهر ضريراً ، وكان يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد أن يخرج الناس منه ، فالتف الهروي بحصيرة ، وخرج الناس وأغلق أبو طاهر المسجد وسرد من تلك القواعد سبعاً ، فحصلت للهروي سعلة ، فأحس به أبو طاهر فضربه وأخرجه من المسجد ، ثم لم يكررها من فيه بعد ذلك ، فرجع الهروي إلى أصحابه ، وتلا عليهم تلك السبع » (٢)

وعلى هذا يعتبر أول من حصر القواعد الفقهية هو أبو طاهر الدباسي من الحنفية ، وأول من دونها في كتاب مستقل هو أبو الحسن الكرخي توفي ٣٤٠ هـ . وبذلك يعتبر أواخر القرن الثالث الهجري وأوائل القرن الرابع بداية تدوين القواعد الفقهية (٣) . وفي هذا يقول الأستاذ محمد مصطفي شلبي ولو قلنا:إنها - أي بداية تدوين القواعد الفقهية - بدأت في أواخر القرن الثالث لما بعدنا عن الحقيقة ، فإن أبا طاهر الدباسي ممن عاش في القرنين الثالث والرابع، ويقول الأستاذ مصطفى الزرقاء « وأقدم مجموعة من هذه القواعد الكلية وصلت إلينا في شكل

---

(١) « مسائل الإمام أحمد » - أبو داود السجستاني - مقدمة رشيد رضا ص ٢٠٣ .

(٢) « الأشباه والنظائر » - السيوطي ، ص ٧ .

(٣) « القواعد » المقري ، تحقيق أحمد عبد الله بن حميد ج١ ص ١٢٣ .

رسالة خاصة هي قواعد الإمام أبي الحسن الكرخي » ثم أشار إلى بداية تدوين القواعد الفقهية قائلاً « قد بدأت حركة تقعيدها وتدوينها أواخر القرن الثالث الهجري ، وأن معانيها الفقهية كانت مقررة لدى الائمة المجتهدين تعتبر أصولاً علمية لهم يقيسون بها ويبنون عليها ويعللون بها وإن كانت لم تفرد بالتدوين قبل ذلك ، ولم تأخذ الصياغة التي انتهت إليها فيما بعد إلا بالصقل والتحور» (١)

ويرجع سبب بداية تقعيد القواعد الفقهية في القرن الرابع الهجري إلى بروز ظاهرة التقليد واضمحلال الاجتهاد وتقاصر الهمم في ذلك العصر ، ووجود ثروة فقهية عظيمة وأحكام اجتهادية معلله خلفها الفقهاء ، ولما كانت أحداث القضايا غير متناهية والوقائع متجددة ، لم يبق للذين جاؤا بعد الأئمة إلا أن يخرجوا من فقه المذاهب أحكاماً للأحداث الجديدة ، فاستطاعوا السير على مناهج من سبقوهم من الأئمة بأن يتعرفوا على علل الأحكام التي استنبطها السابقون وأن يستقصوا مجموعة الأحكام الكلية التي تضم أشتات الجزئيات وتجمع متفرقاتها ، فجمعوا تلك الأشباه والنظائر كل طائفة متحدة في الحكم في قاعدة . فتكون بذلك المجموعات الفقهية قواعد تجمع المسائل الموحدة في سلك واحد وتربط بينهما برباط يضم أشتاتها .

الطور الثالث : طور الرسوخ والتنسيق

يمكن الكلام عنه من خلال التسلسل التاريخي للتأليف في القواعد الفقهية ، فقد علمنا فيما مضى أن القواعد الفقهية دارت في أول نشأتها على ألسنة المتقدمين من كبار التابعين وأئمة المجتهدين ثم تناقلها تلاميذهم والفقهاء الذين اتبعوهم ، وهم يعملون الفكر فيها وينقحونها، ويزيدون فيها ، وينقصون منها ، إلى أن جرى تدوينها واتضحت معالمها .

لكن القواعد على الرغم من تلك الجهود المتابعه الكثيرة ظلت متفرقة ومبددة في مدونات مختلفة ، وتضمنت تلك المدونات بعض الفنون الفقهية الأخرى مثل الفروق والألغاز ، وأحياناً

---

(١) انظر « شرح القواعد الفقهية » أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ص ٣٨ ، ٤٠ .

تطرقت إلى بيان بعض القواعد الأصولية ، فلم يستقر أمرها تمام الاستقرار حتى وضعت مجلة الأحكام العدلية على أيدي لجنة من فحول الفقهاء في عهد السلطان الغازي عبد العزيز خان العثماني في أواخر القرن الثالث عشر الهجري ليعمل بها في المحاكم التي أنشئت في ذلك العهد ، وقد تم وضع القواعد الفقهية في صدر المجلة بعد جمعها واستخلاصها من المصادر الفقهية ومن بعض المدونات التي سجلت فيها تلك القواعد مثل الأشباه والنظائر لابن نُجيم . ومجامع الحقايق للخادمي .

ولابد من الاعتراف بأن الواضعين للمجلة أحسنوا في انتقائها واختيارها ، ثم في تنسيقها تنسيقاً قانونياً رائعاً في أوجز العبارات ، حتى اشتهر ذكر القواعد وشاع أمرها عن طريق المجلة ، وارتفعت مكانتها حيث شرحت مع شروح المجلة ، وأصبح لها صدى في كافة المجالات الفقهية والقانونية (١) .

ثم جاء بعد المجلة كتاب « الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية » للشيخ محمود حمزة الحسيني الحنفي المتوفي عام ١٣٠٥هـ ، الذي استقصى فيه مؤلفه القواعد والضوابط والأصول في معظم الأبواب الفقهية مما وراء قواعد المجلة وأوضحها ببعض الأمثلة ، ورتبها على أبواب الفقه . فكان هذا الكتاب آخر وأوسع ماجمع باسم القواعد الأصول الفقهية وهو مطبوع ومتداول (٢) .

هذا هو مجمل حركة تقعيد القواعد الفقهية الذي عنونت له بعنوان رسوخ القواعد وتنسيقها .

---

(١) « القواعد الفقهية » علي أحمد الندوي ، ص ١٢١ .

(٢) « شرح القواعد الفقهية » أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، ص ٤١ .

المبحث الثاني : -

نبذة عن نشأة الأحكام القانونية والقواعد الكلية في القانون الروماني

يعد القانون الروماني مصدراً تاريخياً لكثير من القوانين المعاصرة ، ولذلك تدخل دراسته الآن ضمن الدراسات التاريخية ، ولأسباب متعددة ، اكتسب مكانه سامية بين الشرائع القانونية القديمة التي وضعها البشر مكنت له من الخلود .

وهذه المكانة لاترجع إلى قدمه ولا إلى تدوينه في مدونات قانونية متسقة الترتيب والتبويب، فقد سبقه في هذا المضمار شرائع قانونية انتجتها الشعوب السامية بأكثر من ألفي عام ، ولكن هذه المكانة ترجع إلى الثروة القانونية الضخمة التي خلفها الفقهاء الرومان ، فقد تمتع الفقهاء الرومان بملكة قانونية فذة مكنتهم من النظر إلى القانون باعتباره علماً قائماً بذاته يختلف عن العلوم الاجتماعية الأخرى ، ففرقوا بينه وبين الفلسفة والأخلاق والدين ، وقاموا بوضع تقسيمات وتفريعات قانونية دقيقة ، وصوروا المسائل القانونية تصويرات عقلية منطقية تقربها من الأذهان وتيسر فهمها ومن ثم يسهل تطبيقها على الفروع المختلفه ، وتمكنوا أيضاً من جمع الحلول الفردية المتشابهة وصاغوها في صورة قواعد أو مبادئ عامة في إطار فني دقيق (١).

وبالرغم من أن القانون الروماني لم يعد مطبقاً - كقانون وضعي - منذ صدور المجموعات القانونية الحديثة التي بدأت بمجموعة نابليون في فرنسا في مستهل القرن الماضي - التاسع عشر - والبلاد الأوربية وغيرها التي نقلت عن القانون الفرنسي وآخرها مجموعة القانون الألماني وغيرها التي صدرت في رأس القرن العشرين وبالرغم من ذلك فإن ماخلفه الرومان من تراث قانوني مازال أساساً للدراسات القانونية المعاصرة .

فالقانون الروماني هو المصدر الأول للقانون الفرنسي ولجميع القوانين التي تأثرت به ،

---

(١) انظر « تاريخ النظم القانونية والاجتماعية » صوفي حسن أبو طالب ، ص ١٥ - ١٦ .

وما أكثرها ، وهي ماإصطلح على تسميتها بالشرائع اللاتينية ، ومازالت كتابات الفقهاء الرومان مرجعاً أساسياً للشرائع التي نشأت مستقلة عن القانون الروماني ، مثل القوانين الأنجلوا اسكونيه بل والقانون السوفيتي وقوانين الشرق الأقصى (١) .

ولذلك أصبح القانون الروماني عماد الدراسات القانونية في أوروبا في العالم المتمدن حديثاً كله ، وظل بعد الإنجيل من عمد الحضارة الأوربية وثقافتها المعاصرة (٢) .

لقد نشأ القانون الروماني في مدينة روما ، ليحكم ذلك المجتمع الصغير القائم على الاقتصاد الزراعي ، ومالبث أن امتد سلطان تلك المدينة إلى إيطاليا ثم إلى دول عديدة في الشرق والغرب ، إلى أن أصبحت إمبراطورية واسعة .

وكان لابد لهذا التوسع أن يصاحبه تطور في القواعد، والنظم القانونية لمجابهة تغير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمع الروماني .

لقد انتقل المجتمع الروماني من المجتمع الزراعي إلى المجتمع التجاري ، وقامت بين الرومان وبين سكان الإمبراطورية علاقات تجارية لم تكن موجودة في السابق .

وامتد حكم القانون الروماني إلى البلاد ذات قوانين وعادات مختلفة ، مما أدى إلى تطويره لاستيعاب هذه العلاقات الجديدة .

وبالإضافة إلى ذلك فإن تغير نظم الحكم والإدارة من نظام ملكي إلى نظام جمهوري إلى نظام الحكم المطلق ، كان لابد أن ينعكس على تطور القانون الروماني إما سلباً أو إيجاباً ، ولا شك أن الحقبة الزمنية الطويلة التي استمرت فيها روما في الحياة أدت إلى وجود عصور مختلفة في تاريخ القانون الروماني (٣) .

---

(١) « تاريخ النظم القانونية والاجتماعية » صوفى أبو طالب ، ص ١٥ .

(٢) « تاريخ النظم القانونية والاجتماعية » مرجع السابق ، ص ١٦ .

(٣) " تاريخ القوانين والشرائع " على محمد جعفر ، ص ١٨ .

ويمكن من الناحية السياسية ملاحظة أربعة عصور : -

١- العصر الملكي : ويبدأ من عام ٧٥٤ ق . م . وينتهي بقيام النظام الجمهوري عام ٥٠٩ ق . م .

٢- عصر القانون القديم : ويبدأ بقيام النظام الجمهوري عام ٥٠٩ ق . م . وينتهي بقيام النظام الإمبراطوري عام ٢٧ ق . م .

٣- عصر الأُمبراطورية العليا : - ويبدأ بقيام النظام الأمبراطوري على يد أغسطس عام ٢٧ ق . م . وينتهي عام ٢٨٤ . وهو تاريخ تولي الأمبراطور دقلديانوس الحكم .

٤- عصر الأمبراطورية السفلى ويسمى أيضاً بالعهد البيزنطي ، ويبدأ عام ٢٨٤ م . وينتهي بوفاة الأُمبراطور جوستنيان عام ٥٦٥ م (١) .

ورغم تقسيم العصور على الشكل السابق ، فإن بعض الفقهاء يذهبون إلى اعتماد تقسيم آخر لايتفق مع العصور السياسية ، فقد قسمه بعض شراح عصور الدولة الرومانية إلى ثلاث عصور ، عصر القانون القديم ويشمل العصر الملكي ومعظم العصر الجمهوري ثم العصر العلمي ، وأخيراً عصر الأمبراطورية السفلى (٢) .

وقد اتبعت في تقسيم القانون الروماني التقسيم التالي ، وسوف أتناوله بشيء من التفصيل .

العصر الأول : العصر الملكي

ويبدأ هذا العصر بإنشاء مد ينة روما عام ٧٥٤ ق . م . وينتهي بقيام النظام الجمهوري عام ٥٠٩ ق. م . نتيجة لثورة ترتب عليها طرد الملوك وإعلان الجمهورية .

---

(١) « تاريخ القوانين والشرائع » على محمد جعفر ، ص ١٩ .

(٢) انظر « تاريخ القانون الروماني » عبد المنعم البدراوى ، ص ١٣ - ١٦ ، « الإسلام وموقف علماء المستشرقين» عبد الحميد متولي ص ٣٩ .

وكان أول الملوك هو روموس الذي وضع للمدينة نظامها السياسي وخلفه ستة ملوك أخرهم الملك تاركان الذي حكم حكماً استبدادياً دكتاتورياً أدى إلى ثورة الشعب عليه وقتله ، ثم قام النظام الجمهوري على إثر ذلك (١) .

وكان الشعب الروماني يتكون في هذا العصر من عدة عشائر ، وكانت العشيرة تتكون من عدة أسر ، واعتقد الرومان ببعض الأفكار الدينية كالاعتقاد في الأرواح ، وعرفوا نوعين من العبادة : العبادة الخاصة وتتكون من عبادة آلهة المنزل وأرواح الأسلاف ، والعبادة العامة : وهي عبارة عن عبادة آلهة المدينة ويشرف عليها الحكام والكهنة .

وكانت هذه الشعائر تتسم بصيغة شكلية محدده يترتب على عدم مراعاتها إبطال العبادة، كما يلزم إقامتها في أوقات محددة .

وقد نشأت النظم القانونية متأثرة بالأفكار الدينية ولاسيما بالنسبة لنظام التعاقد وإجراءات التقاضي ، فقد كان يلزم لكي تنتج آثارها القانونية أن يراعي في ذلك الصيغ والعبارات الشكلية والأيام المحددة .

وكان القائمون على تطبيق وتفسير القانون هم رجال الدين ، الذين يحتكرون معرفة صيغ الدعاوى والأيام التي يجوز فيها التقاضي ، ويرأس هؤلاء الحبر الأعظم ، الذي أصبح في العصر الجمهوري الرئيس الأعلى للديانة الرومانية (٢) .

ويعتبر العرف أهم وأقدم مصدر للقاعدة القانونية في هذا العصر ، وقد ذكر أحد فقهاء العصر العلمي بمونيوس « Pomponius » في فقرة وردت في موسوعة جوستنيان أن الملوك كانوا يحكمون الشعب بغير تشريع ثابت ، فلم يكن هناك تشريع ولا فقه بل كان هناك عرف أي قانون غير مكتوب .

ويبدو أن العرف نشأ من العادات التي توارثها الناس جيلاً بعد جيل قبل إنشاء المدينة

---

(١) « دراسات فى القانون الرومانى » عبد المجيد الحفناوى ، ص ٨ " تاريخ القوانين والشرائع » على جعفر ص ٢٢.

(٢) " تاريخ القوانين والشرائع " على محمد جعفر ، ص ٢٢ .

وقبل اكتشاف فن الكتابة أو قبل انتشارها ، كما يظهر أن قوة العرف الملزمة تم استمدادها من الأصول الدينية وكان الجزاء المترتب على مخالفته جزاءاً دينياً .

وقد لعب رجال الدين دوراً كبيراً في تكوين العرف وتطويره وتفسيره ، واستمروا في احتكار علم القانون حتى بعد صدور قانون الألواح الاثنى عشر في العصر الجمهوري .

وكما قرر الفقيه بمبوينوس بأنه إذا كان أصل القانون الروماني هو العرف ، فإن التشريع يعتبر من المصادر القانونية في العصر الملكي ، حيث صدرت بعض القوانين الملكية من مجالس الشعب الثلاثية بناء على اقتراح الملك وتصديق مجلس الشيوخ (١) .

لكن معظم الشراح في العصر الحديث يرون عدم صدور تشريعات بكل معنى الكلمة من مجالس الشعب في العصر الملكي .

وبذلك لم يكن للتشريع دور في تكوين القانون الروماني في هذا العصر، وما صدر من أحكام لا يعدو أن يكون مجموعة من القواعد ذات الصبغة الدينية ، أصدرها الملوك باعتبارهم رؤساء للديانة وحفظها الكهنة في سجلاتهم (٢) .

العصر الثاني : عصر القانون القديم

يبدأ هذا العصر بقيام النظام الجمهوري عام ٥٠٩ ق . م وينتهي بصدور قانون إيبوتا Lex Aebuytia حوالي عام ١٣٠ ق . م (٣) .

وكان انهيار الملكية نتيجة ثورة الزراعيين من الشعب الروماني ، حيث كانت تؤيدهم طبقة الأشراف ضد طغيان ملوك الأثيروسك .

---

(١) انظر « تاريخ القوانين والشرائع » على محمد جعفر ، ص ٢٥ " المدخل إلى التاريخ القوانين والشرائع » محمود عبد المجيد المغربي ص٥٠ .

(٢) انظر « تاريخ القوانين والشرائع » على محمد جعفر ، ص ٣٠ – ٣١ .

(٣) « دراسات في القانون الروماني » عبد الحميد الحفناوي ، ص ١٠ ، « تاريخ القوانين والشرائع » على جعفر ، ص ٣٢.

وأهم ميزة لهذا العصر هي توسع الدولة الرومانية بحيث بسطت سلطانها على مدن إقليم اللاتيوم وشبه جزيره إيطاليا كلها ، وبعض مناطق حوض البحر الأبيض المتوسط ، فأخضعت لحكمها صقلية وسردينية وقضت على قرطاجة وفتحت أسبانيا واليونان .

وقد أدت هذه الفتوحات إلى انتقال المجتمع الروماني من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري مزدهر ، وأصبحت روما مركزاً رئيسياً للتجارة في حوض البحر الأبيض المتوسط .

كما أدى إتصال الرومان بحضارات الشعوب الأخرى وخاصة الحضارة الإغريقية إلى إضعاف الروح الدينية لديهم ، وتطوير القواعد القانونية الرومانية وتحررها من جمود القانون المدني (١) .

أما على الصعيد الاجتماعي ، فإن الصراع بين طبقتي الأشراف والعامة أدى في النهاية إلى وضع قانون الألواح الاثنى عشر والقوانين اللاحقه .

حيث كان المجتمع الروماني في هذا العصر يتكون من طبقتين طبقة الأشراف التي كانت تنتظم العشائر الرومانية ، وطبقة العامة ، ولم تكن ضمن هذه العشائر ، ولقد ترتب على هذا الوضع أن تمتعت طبقة الأشراف بامتيازات وحقوق لم تكن تتمتع بها الطبقة العامة ، فقد كان لطبقة الأشراف وحدها حق تولي المناصب العامة ، وحق الاقتراح على المشروعات القانونية ، كما كانت الثروة العقارية مركزة في أيدي الأشراف ، لأن الأراضي كانت للعشائر الرومانية التي أسست المدينة .

أما طبقة العامة فلم تكن تتمتع بالحقوق السابقة ، ولم يكن لها حق الزواج من طبقة الأشراف ، وإن كان لأفرادها حق التعامل باستعمال الطرق الرومانية في تصرفاتهم القانونية ، كما كان لهم حق التقاضي وفق الإجراءات الرومانية ، وبمعنى آخر فقد حُرم أفراد الطبقة العامة من التمتع بحقوق القانون العام ، فقد كانت لديهم تقاليدهم وعاداتهم القانونية الخاصة

---

(١) « تاريخ القوانين والشرائع » على جعفر ، ص ٣٣ .

التي لاتعترف بها مدينة روما (١) .

إن المؤرخين الرومان واليونان ، عندما يتكلمون عن قانون الألواح الاثنى عشر يتكلمون عنها كمرحلة أساسية اجتازتها طبقة العوام في نزاعها مع طبقة الأشراف ، ذلك النزاع الذي بدأته طبقة العامة من أجل تحقيق مساواتهم بالأشراف في الحقوق (٢) .

فمنذ حوالي منتصف القرن الخامس قبل الميلاد ، بدأت المطالبة من قبل الطبقة العامة بتشكيل لجنة لوضع مجموعة قانونية ، ولم يتم ذلك إلا بعد عشر سنوات من مطالبتهم بسبب معارضة مجلس الشيوخ .

ثم تقرر إرسال بعثة إلى بلاد الإغريق لدراسة قانون صولون* وانتهى الأمر إلى وضع قوانين نقشت على اثني عشر لوحاً ، وتم نشر الألواح الاثنى عشر في ساحة المدينة العامة .

حيث اختصت الألواح الثلاثة الأولى بنظام الدعاوى ، وهذا النظام كانت له أهميته الكبرى في القانون الروماني وذلك نظراً لاختلاط الحق بالدعوى التي تحميه ، وهذا النظام هو ماعرف عند الرومان باسم نظام دعاوي القانون .

وتعرض اللوحان الرابع والخامس لبعض قواعد الأسرة كالزواج والطلاق والإرث والوصايا والسلطة الأبوية ، ويتبين منه أن النظام الذي ساد قام على أساس السلطة الأبوية ، حيث يتمتع رب الأسرة بسلطة مطلقة ، كما يبين عدم السماح بالزواج بين العامة والأشراف .

واختص اللوحان ، السادس والسابع بنظام الملكية وحقوق الارتفاق ، ويتبين منه أن

---

(١) « تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ، ص ٤١ ، « الإسلام وموقف علماء المستشرقين » عبد الحميد متولي ، ص ٤٠ .

(٢) " المدخل إلى تاريخ الشرائع " محمود المغربي ، ص ٥٣ ، « في تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ، ص ٤٢ .

* أصدر هذه المدونة حاكم أثينا حوالي عام ٥٩٤ ق . م ، وذلك لاستكمال الإصلاح الاجتماعي الذى بدأه دراكون ، وتميزت فى ثوب ديمقراطي ، كما أنها لم تشتمل على كل القواعد القانونية ، فالكثير منها ترك أمرها للعرف ، ومن أهم ماتضمنة مدونة صولون تعديلات سياسية تقرر المساواة بين كافة الطبقات وإشراك الشعب فى شؤون الحكم . انظر : (تاريخ النظم القانونية والاجتماعية » ، صوفى أبو طالب ص ١٤٠ – ١٤٢) .

النظام الذي ساد هو نظام الملكية الفردية بصورة مطلقة .

أما الألواح الباقية فخصصت لنظم العقوبات ، وهي تتميز بشدتها وقوتها ، تطبق مبادئ القصاص والقطع بجانب الغرامة . وحظيت بعض نظم القانون بقلة نادرة من القواعد .

وهذه مجمل القواعد التي كانت سائدة في قانون الألواح الاثنى عشر التي كانت خاصة بالرومان في المدينة أشراف وعامة دون غيرها من سكانها ، ولذلك كانت تسمى قانون الرومان (١) .

إن القانون الروماني لم يقف جامداً بعد صدور قانون الألواح الاثنى عشر ، فبالرغم من بقاء العرف كمصدر أساسي للقواعد القانونية ، فإنه واجه التطورات الجديدة نتيجة اتساع رقعة الدولة الرومانية في ذلك العصر .

وقد ظهرت مصادر جديدة للقانون كالتشريع والفقه والقانون القضائي أو البريتوري وقانون الشعوب ، والذي قامت أحكامه في البداية على أساس القواعد العرفية البحتة .

ولقد تطور العرف في هذا العصر بفضل تفسير الفقهاء ومنشورات الحكام القضائيين الذين عملوا على تهذيب القواعد القانونية وإنشاء قواعد جديدة ، وبذلك تخلص القانون من الجمود الذي كان يعتريه في المرحلة السابقة .

وترجع أسباب ظهور قانون الشعوب ، بأنه لم يكن للأجانب في القانون الروماني أي حقوق ، ولم يكن يعترف لهم بالشخصية القانونية ، بل كانوا يعتبرون أعداء يحل قتلهم واسترقاقهم ، وفي مرحلة لاحقة تمتع هؤلاء الأجانب بحماية خاصة ، كما كانت هنالك طائفة من الأجانب تتمتع بحماية عامة ، وهي حماية الدولة وذلك بموجب معاهدات عقدتها روما مع الدول التي يتبعها هؤلاء الأجانب ، وكان يمنح للأجانب حق الزواج وحق التعامل ، أي مباشرة التصرفات القانونية ، ولم يكن لهم حق التقاضي ، بل كان لهم حق اختيار محكمين للفصل في

---

(١) انظر « تاريخ النظم القانونية والاجتماعية » ، صوفي أبو طالب ص ١٤٨ – ١٤٩ ، « تاريخ القوانين والشرائع » علي جعفر ، ص ٥٤ ، « المدخل إلى تاريخ الشرائع » محمود المغربي ، ص ٥٤ – ٥٥ .

منازعاتهم ، وبذلك بقي القانون المدني يطبق فقط على الرومان دون الأجانب (١) .

وعلى إثر اتساع الفتوحات الرومانية ، وأزدياد عدد الأجانب في الدولة الرومانية واتساع نطاق العلاقات التجارية والاقتصادية ، كان لابد من وجود قواعد قانونية جديدة تحكم هذه الحالات وتنظم علاقات الأجانب بالرومان أو علاقات الأجانب بعضهم ببعض ، فظهر مايعرف بقانون الشعوب ، وبذلك اعتبر هذا القانون ثمرة عدم اعتراف الرومان بالقوانين الأجنبية ، وعدم قبولهم بتطبيق أحكام قانونهم المدني على الأجانب (٢) .

ويعتبر هذا العصر دور الطفولة في تاريخ القانون الروماني (٣) .

العصر الثالث : العصر العلمي أو عصر الإمبراطورية العليا .

ويبدأ هذا العصر بصدور قانون إيبوتيا عام ١٣٠ ق . م . وينتهي بحكم الأمبراطور دقلديانوس عام ٢٨٤ م . ومن الشراح من يعتبر أن هذا العصر ينتهي ببدء ولاية الأمبراطور قسطنطين سنة ٣٠٥ م ، وهو أول الأباطرة المسيحيين (٤) .

ويعتبر هذا العصر من أهم عصور القانون الروماني ، حيث انتقل القانون من مرحلة البدائية إلى مرحة متقدمة من النضج والرقي والازدهار .

كما يمكن تقسيم العصر العلمي من الناحية السياسية والاجتماعية والذي شمل من تاريخ روما قرابة أربعة قرون إلى ثلاث مراحل أساسية وهي صدر العصر العلمي ، والعصر العلمي ،

---

(١) " تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ، ص ٦٢ ، « القوانين دراسة في تطور الحقوق الرومانية » شفيق الجراح ، ص ١٤٠ .

(٢) « تاريخ القوانين والشرائع » على جعفر ، ص ٦٨ .

(٣) « الإسلام وموقف علماء المستشرقين » عبد الحميد متولي ، ص ٣٩ .

(٤) « تاريخ الشرائع والقوانين » علي جعفر ، ص ٧١ ، " دراسات في القانون الروماني " عبد المجيد الحفناوي ص٢٦.

والعصر العلمي اللاحق (١) .

لقد كان للثقافة اليونانية أثرها البارز في تطور الفكر القانوني رغم وجود بعض المثقفين الرومان الذين وقفوا ضد تيار الثقافة اليونانية ، كما ساعد في تطور الفكر القانوني التطورات الاجتماعية والاقتصادية ووجود فلاسفة يونان عملوا على نشر مبادئهم الفلسفية في روما، ووجود طلبة علم من الرومان في اليونان .

وكان أثر ذلك في المجال الديني ، أن قل تمسك الرومان بالمعتقدات الرومانية التقليدية وضعفت الروح الدينية لديهم ، وهذا ماشجع المسيحية لدخول المجتمع الروماني وتقبلها بسهولة فيما بعد .

أما في المجال القانوني ، فقد تأثر الرومان بطريقة اليونان في تقسيم وتبويب المؤلفات القانونية تقسيماً منطقياً ، وفي مجال التفسير القانوني ، فقد تعدى الرومان الاعتماد على التفسير اللفظي الذي يستند على الألفاظ والمباني وتبنوا التفسير المنطقي الذي يستند إلى المقاصد والمعاني ، والذي يرمي إلى الاعتداد والبحث عن قصد الشارح وإرادة المتعاقدين الحقيقية (٢) .

وتعددت مصادر القانون في هذا العصر فرغم وجود المصادر التي عرفناها في العصر السابق من عرف وتشريع ومنشورات وفقه ، فقد كان للنظام السياسي الجديد الأثر الواضح له في تطوير المصادر السابقة ، وانتقلت بعض الاختصاصات التشريعية إلى هيئات أخرى بسبب ازدياد نفوذها في هذه الفترة ، فقد انتقلت السلطة التشرعية من مجلس الشعب إلى مجلس الشيوخ ومن ثم الإمبراطور بصورة دساتير أمبراطورية .

كذلك اكتسبت المنشورات البريتورية صفة الثبات وانتهى الأمر بتجميع هذه المنشورات

---

(١) انظر « تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ، ص ٧٢ - ٧٦ ، « دراسات في القانون الروماني " عبد المجيد الحفناوي ، ص ٢٨

(٢) " تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ، ص ٧٨ " المدخل إلى تاريخ الشرائع " محمود المغربي ، ص ٦٠ .

ومن ثم توقفت عند هذا الحد من التطور ، ولم تعد تكون مصدراً جديداً للقواعد القانونية .

أما الفقه فقد كان له الدور الأساسي في التشريع ، حيث وصل إلى مرتبة عالية من سعة البحث والتهذيب العلمي ، واعتبر من المصادر الرئيسية للقانون ، إذ أن نشاط الفقهاء قد ازداد في هذا العصر وخاصة من ناحية الافتاء والتأليف ، وتولى الفقهاء المناصب القضائية والإدارية الكبرى ، وكذلك احتوى المجلس الإمبراطوري كبار الفقهاء للإستعانة بمنشورتهم وآرائهم ، فقبل العصر الأمبراطوري لم يكن للفقه الصفة الرسمية ، إذ أن القضاة كانوا أحراراً في اتباع فتاوي الفقهاء أو عدم اتباعها (١) .

كما تميز هذا العصر ، بانقسام الفقهاء منذ عهد أغسطس إلى مدرستين متنافستين ، أو مذهبين كبيرين ، مذهب السابنيين ، ومذهب البروكيلين ، وقد اتخذ كل مذهب اسم زعيمه ،فالمذهب الأول منسوب إلى الفقيه « سابينوس » بالرغم من أن مؤسس هذا المذهب أستاذه «كابينوا » ، والثاني يحمل اسم الفقيه « بروكولوس » وهو ليس مؤسس المذهب ، بل أستاذه الفقية « لابيو » (٢) .

وقد حاول العلماء معرفة الباعث الأساسي لانقسام الفقهاء إلى هذين المذهبين ، فقال فريق منهم ، إن الخلاف في الفقه بينهما ، يرجع إلى خلاف في المبادئ السياسية ، فقد كان لمؤسس السابيني مناصراً لنظام الحكم الجديد ، حائزاً على خطوة الأمبراطور ، بينما كان مؤسس المذهب البروكيلي ، كارهاً له وفيه المبادئ الجمهورية .

والواقع أنه ليس من السهل تحديد الفوارق بين هذين المذهبين ، وقد تعددت الآراء وتضاربت ، ويعتقد البعض أن آثار الخلاف بينهم تدل على أن المذهب البروكيلي ، يحتفظ بتأييده للقانون المدني ، بينما المذهب السابيني ، يؤيد قانون الشعوب ومبادئ القانون الطبيعي ،

---

(١) " دراسات في القانون الروماني " عبد المجيد الحفناوي ، ص ٢٩ ، « في تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ، ص١٠٠.

(٢) " المدخل إلى تاريخ الشرائع " محمود المغربي ، ص ٦٣ " تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ، ص ١٠٤ .

ولذلك قيل أيضاً في وصف الخلاف بأن المذهب الأول ، مذهب المحافظة على التقاليد والتمسك بحرفية القانون ، بينما الثاني مذهب التجديد والثورة على الشكليات ، ويري البعض الآخر عكس ماتقدم ، فأنصار المذهب الأول نزعوا إلى الجديد والتحرر من الماضي وإلى استحداث النظريات العلمية العامة ، بعكس أنصار المذهب الثاني ، فقد تعلقوا بالقديم والتقاليد التاريخية ، ويرى فريق أخر من العلماء والباحثين أن اختلاف المذهبين يرجع إلى أنه كان لكل منهم معهد خاص أو مدرسة خاصة ، يتولى جماعة من العلماء الدراسة فيها برئاسة زعيم منهم ، فنشأ بينهم من التنافس ، مثل ماينشأ في العصر الحديث بين جامعتين في بلد واحد ، وليس بين الفقهاء في المدرستين فوارق عامة في الآراء الفقهية أو في وجهات النظر العلمية (١) .

وعلى كل حال ففي أواسط القرن الثاني الميلادي لم يوجد أثر لهذين المذهبين بين الفقهاء وزالت آخر مظاهر هذا الانقسام في منتصف القرن الثاني ، عندما ضم الأمبراطور « هارديان» زعيم المذهبين فى مجلسه الإمبراطوري الاستشاري فخفت حدة الاختلافات تدريجياً ، واتفقت الأراء بينهما التي افضت في النهاية إلى توحيد القانون المدني والقانون القضائي عن طريق القرارات التشريعية الصادرة عن الأمبراطور .

وقد ترتب على تقدم الحركة الفقهية ارتقاء فن القانون واتساع نطاق التشريع ، ووفرة الإنتاج العلمي ، فقد كان الفقهاء يساعدون الأمبراطور في أعماله التشريعية ويغذون نشاطه بالرأي والمشورة ، وكذلك يمدون القضاة والأفراد بالفتاوي العلمية فيما يعرض لهم من القضايا ومسائل النزاع كما وكانوا يزودون الفقه ببحوثهم وجدلهم حول النصوص .

ومن العوامل التي ساعدت على نهضة الفقه وارتفاع شأنه في العصر العلمي :-

١- ماناله الفقهاء من العطف والرعاية لدى الأمبراطور .

٢- امتياز حق الإفتاء الذي يمنحه الأمبراطور لمن يختص به من جهابذة الفقه (٢) .

---

(١) " تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ، ص ٩٨، « المدخل إلى تاريخ الشرائع » محمود المغربي ، ص ٦٣ .

(٢) « المدخل إلى تاريخ الشرائع » محمود المغربي ، ص ٦٤ .

وفي هذا العصر لابد من الكلام عن أعظم حدث في تاريخ الحقوق الرومانية ، وهو تأسيس مدرسة بيروت وذلك في نهاية العصر الثاني بعد الميلاد أو في بداية العصر الثالثة ، أيام حكم الأباطرة من أسرة « سيفير » وفي عهد كبار الفقهاء ، وقد بلغت هذه المدرسة العلمية من الشأن والرقي في الثقافة ما لم تبلغه أي مدرسة أخرى ، مما أدي بطلاب الحقوق في الإمبراطورية وأبناء العظام يغادرون أوطانهم ويقصدون هذه المدرسة بالترجيح على أي مدرسة أخرى.

وكان قد سبقها إنشاء معاهد في كلٍ من روما وأثينا والقسطنطينية والأسكندرية ، وقد أصبحت بيروت بفعل معهدها – مدرستها – مستودعاً للقوانين والمركز الأساسي لنشرها في الإمبراطورية (١) .

العصر الرابع : عصر الإمبراطورية السفلى

يبدأ هذا العصر بتولي الأمبراطور دقلديانوس السلطة عام ٢٨٤ م . وينتهي بوفاة الأمبراطور جوستنيان عام ٥٦٥ م . (٢) .

ومن أبرز الأحداث الهامة في هذا العصر هو تحول نظام الحكم من نظام استبدادي مستتر بالمظاهر الجمهورية إلى حكم مطلق صريح ، وانقسام الأمبراطورية الرومانية إلى دولتين الأمبراطورية الرومانية الغربية وعاصمتها روما ، والإمبراطورية الشرقية وعاصمتها بيزنطة ، وقد سميت فيما بعد بالقسطنطينية نسبة إلى الإمبراطور قسطنطين ، وقد بدأ هذا الانقسام منذ عصر الأمبراطور دقلديانوس ، ولكنه لم يصبح نهائياً إلا بعد وفاة الأمبراطور يتودوز الأول عام ٣٩٥ م (٣) .

---

(١) " المدخل إلى تاريخ الشرائع " محمود عبد المجيد المغربي ، ص ٦٨ .

(٢) " تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ، ص ١٠٠ ، " الإسلام وموقف علماء المستشرقين " عبد الحمد متولي ، ص ٤٠ ، « المدخل إلي تاريخ الشرائع " محمود المغربي ، ص ٦٩ .

(٣) « تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ، ص ١٠٢ ، " المدخل إلى تاريخ الشرائع " محمود المغربي ص ٧٠ .

ويعرف عصر الإمبراطورية الرومانية السفلى ، بأنه عهد استحكم فيه التأخر والانحطاط في كل شيء .

كما يتميز هذا العصر بانتشار الديانة المسيحية منذ بداية القرن الرابع للميلاد بعد أن لاقت الإضطهاد خلال العصر العلمي ، وقد اعتنقها الأمبراطور قسطنطين ، واعترف لها بمركز مساو للأديان الأخرى ، وقد جعلها يتوزوز الأول الدين الرسمي للدولة عام ٣٩١م .

ولقد اختلف الباحثون في مقدار الأثر الذي أحدثته الديانة المسيحية في تطور القانون الروماني ، ففريق منهم يرى اتساع الأثر الذي تركته الديانة المسيحية في قواعد ونظم القانون الروماني ، واعتبروها عاملاً مهماً من عوامل تطوره في عهد الإمبراطورية السفلى ، ونسب إليها كثيراً من التعديلات التي أدخلت في ذلك العصر .

وذهب فريق ثانٍ إلى تقليل أثر الديانة المسيحية في تطور القانون الروماني .

ويرى فريق ثالث من الباحثين أن للديانة المسيحة بعض الأثر في القانون الروماني ، باعتبار الديانة المسيحة ديانة أخلاق ورفق . (١) .

ومما لاشك فيه أن الديانة المسيحية كانت عاملاً من عوامل تطور قواعد ونظم القانون الروماني ، وأنها تركت أثراً واضحاً بإرساء قواعد جديدة تقوم على أسس خلقية ، كما عملت على هدم بعض الحواجز التي كانت تفصل بين القانون والأخلاق عند الرومان .

وألغى القانون الروماني تحت تأثير الديانة المسيحة كثيراً من المبادئ والقواعد القانونية التي تتنافى مع مبادئ وفلسفة الدين المسيحي ، فمن النظم التي ألغيت حق الميراث لابن الزنا بين المحارم وذلك لكراهية الدين لهذا النوع من العلاقات الغير شرعية ، كذلك ألغيت القوانين التي تحرم الشخص من نصيبه من الوصية إذا كان أعزباً أو لم يكن له ولد .

---

(١) تاريخ القوانين والشرائع على جعفر ، ص ١٠٤ " المدخل لدراسة التشريع " محمود المغربي ، ص ٧٣ .

ومن النظم التي استحدثت تحريم الزواج بين المسيحيين واليهود ، ومنح البنوة الشرعية للابن الطبيعي المولود عن طريق المعاشرة بين رجل وامرأة غير متزوجين ، ومنح حق التبني للمرأة إذا لم يكن لديها أولاد ، ووضع عقوبات شديدة للزنا والإلحاد ، وتسهيل تحرير الرقيق .

كما ظهر أثر الديانة المسيحة في نطاق العقود والالتزام ويتضح ذلك في فكرة الثمن العادل في عقود البيع (١) .

إلى جانب ذلك فقد أنشأت في عهد قسطنطين المحاكم الكنسية ، وكان قضاتها من رجال الدين ، وكان اختصاصها بجانب المسائل الدينية ففي بعض النزاعات المدنية التي ترفع برضي الطرفين ، وهذا مامهد لظهور القانون الكنسي الذي ساد بعد ذلك في أوروبا في العصور الوسطي .

كما تجدر الإشارة أنه في غير الأمور السابقة ، فقد بقيت الفلسفة اليونانية القديمة أكثر ظهوراً في القانون الروماني من تعاليم الديانة المسيحية الجديدة ، فقد بقي الرق مقرراً في قانون جوستنيان ، كذلك بقي الطلاق مباحاً رغم تقييده ، مع أن هذه الأنظمة مخالفة لتعاليم الديانة المسيحية (٢) .

كما يمكن القول بأنه حتى أوائل القرن الثالث الميلادي ، أن القانون الروماني نشأ وتطور في ظل اعتبارات وظروف رومانية ، ولكن منذ عهد الأمبراطور قسطنطين أخذ القانون الروماني يتأثر بقوانين وعادات الولايات الشرقية ذات الأصل الإغريقي ، فقد صدرت في هذه الفترة بعض الدساتير من أباطرة ينتمون في الأصل لهذا الولايات الشرقية إلى جانب نشاط أساتذة ورجال القانون من قضاة ومحامين الذين عملوا على تطبيق أحكام القانون بما يتفق وحاجات السكان الذين كانت تحكمهم تقاليد وأعراف تختلف في أحكامها عن أحكام القانون الروماني ، وهذا مامكن دخول بعض قواعد القانون الإغريقي والقوانين الشرقية إلى القانون الروماني ،

---

(١) " تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، صوفى أبو طالب ، ص ١٥٠ ، " تاريخ القوانين والشرائع ، على جعفر ، ص ١٠٤ .

(٢) " تاريخ القوانين والشرائع » على جعفر ص ١٠٥ " المدخل لدراسة التشريع " محمود المغربى ، ص ٧٣ .

لذلك أطلق بعض الشراح على قانون الإمبراطرية السفلى اسم القانون الروماني الإغريقي (١).

كما تميز هذا العصر بتدهور الثقافة القانونية لابتعاد رجال القانون عن الاجتهاد ، وتأثرهم بالبحوث النظرية وخاصة فيما يتعلق بالمسائل الدينية ، إلى جانب الروح العسكرية التي تميز بها الأباطرة الرومان واحتكارهم السلطة بحيث أصبحت إرادتهم المصدر الوحيد للتشريع في هذا العصر ، كما أن القانون القديم الذي تكون في العصر العلمي - المؤلف من العرف والتشريع الصادر من المجالس الشعبية أو مجلس الشيوخ ومنشورات الحكام وآراء الفقهاء - بقي سارياً في الحدود التي رسمتها الدساتير الإمبراطورية .

ويعتبر من الأحداث الهامة في هذا العهد تشريع الأمبراطور « جوستنيان » فيما بين عامي ٥٢٨ و ٥٣٣ م . حيث دون نهائياً الحقوق الرومانية ، ولم يطرأ أي تغيير على هذه الحقوق بعد تشريع « جوستنيان» حتى سقوط الأمبراطورية الرومانية الشرقية بسقوط القسطنطينية عام ١٤٥٣م .

فقد تولى « جوستنيان » الحكم في الامبراطورية الشرقية من عام ٥٢٧م وحتى عام ٥٦٥م واستطاع خلال فترة حكمه أن ينجز عملاً تشريعياً ضخماً ، لم يستطع أن ينجزه أحد من قبل ، فقد جمع القانون الساري بشطريه الدساتير الإمبراطورية والقانون والقديم وقد قصد من وراء ذلك تحقيق غرضين ، أولهما تيسير الرجوع إلى القواعد القانونية الرومانية (٢) دون تعقيد وبسبب صعوبة الرجوع إلى الكتب القديمة ، وثانيهما تخليد القانون الروماني باعتباره تراثاً عالمياً ينطق بعظمة الرومان وعبقريتهم القانونية (٣) .

وتعتبر مجموعة جوستنيان خاتمه المطاف في تاريخ تطور القانون الروماني الذي استمر أكثر من ألف عام وانتهى بوفاة الإمبراطور « جوستنيان » ولا يعني هذا الأمر أن القانون

---

(١) " تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ص ١٠٦ . " الإسلام وموقف علماء والمستشرقين " عبد الحميد متولي ، ص ٤٠ .

(٢) أولهما تيسير الرجوع إلى القواعد القانونية الرومانية .

(٣) انظر « تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ، ص ١١٨ - ١١٩ ، « المدخل إلى تاريخ الشرائع " عبد المجيد المغربي ، ص ٨٠ - ٨١ .

الروماني اندثر بصدور هذه المجموعات بل العكس فقد استمر مطبقاً زمناً طويلاً وتمت دراسته أكثر من مرة حتى انتهى به الأمر لأن أصبح مصدراً لمعظم التشريعات الحديثة .

وقد بقي قانون « جوستنيان » قانوناً أساسياً للدولة الرومانية الشرقية حتى سقوطها في يد الأتراك على يد السلطان محمد الفاتح عام ١٤٥٣م (١) .

أما عن مصير القانون الروماني بعد سقوط الامبراطورية الرومانية الشرقية ، فإن الغرب قد أهمل هذا القانون تماماً خلال القرون الأولى من العصور الوسطى حتى القرنين الحادي والثاني عشر الميلادي ، ويعتبر القرن الثاني عشر تاريخ ظهور حركة بعث القانون الروماني في أوروبا الغربية ، حيث ظهرت النهضة العلمية للقانون في إيطاليا في أوائل القرن الثاني عشر ، وبدأت هذه النهضة بمدرسة بولونيا ، وقد اتبعت هذه المدرسة تدريس القانون الروماني وفق المجموعات التي وضعها جوستنيان ، وقد عرفت باسم مجموعة القانون المدني تمييزاً لها عن مجموعة القانون الكنسي .

كما ظهرت هذه النهضة في فرنسا ، في القرن السادس عشر ، وقد اتجه فقهاء هذه الحركة إلى دراسة القانون الروماني ليس فقط من خلال مجموعات « جوستنيان » ، كما فعلت المدرسة السابقة بل أيضاً من خلال المؤلفات السابقة عليها ، مستعينين في ذلك بتاريخ الرومان وعاداتهم وآدابهم ، مما أدى إلى التوسع في دراسة القانون الروماني ، وساعد على حل كثير من المسائل المختلف فيها .

وفي القرن التاسع عشر ظهرت نهضة علمية جديدة على يد علماء المدرسة التاريخية التي أسسها العالم الألماني سافيني ، وتتميز هذه الدراسة ، بأنها تنظر إلى القانون ككائن حي يتطور بتطور التاريخ ، وليس القانون شيئاً عرفياً وليد الصدفة أو نزوات الشرع .

وقد أخذت معظم قوانين العالم الحديث عن قواعد القانون الروماني ، وخاصة الدول

---

(١) الإسلام موقف علماء المستشرقين " عبد الحميد متولى ، ص ٤٠ " تاريخ القوانين والشرائع "على جعفر ، ص١٢٠.

الأوربية الشرقية .

ففي ألمانيا كان تسود هناك التقاليد الحرمانية حتى القرن الخامس عشر ، وقد دخلت إليها مبادئ القانون الروماني عن طريق جامعة بولونيا .

أما في تركيا فالدولة العثمانية كانت تطبق الشريعة الإسلامية ، ولكنها استعانت ببعض القوانين الأجنبية في القرن التاسع عشر ، وفي لبنان والبلاد العربية كانت تسود قبل الفتح الإسلامي الشريعة الرومانية ، ثم خضعت هذه البلاد جميعها لأحكام الشريعة الإسلامية ، وفي العصر الحديث استقر الوضع في بعضها على الاقتباس من القانون الفرنسي المستمد أكثره من القانون الروماني ، بينما لايزال البعض الآخر خاضعاً لأحكام الشريعة الإسلامية (١).

---

(١) انظر " تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ، ص ١١٩ – ١٢٢ " المدخل إلى تاريخ الشرائع " ، عبد المجيد المغربى ص ٨٠ – ٨٢ .

الفصل الثانى

القواعد والأحكام المتشابهة

المبحث الأولى : نماذج من القواعد والأحكام المتشابهة مع توضيح معناها وبيان نشأتها ومصدرها .

المبحث الثانى : بيان أوجه التشابه فى المعنى ، والاختلاف في النشأة والمصدر في تلك النماذج .

المبحث الأول:

نماذج من القواعد والأحكام المتشابهة مع توضيح معناها وبيان نشأتها ومصدرها* .

في هذا المبحث سوف أتناول بعض القواعد والأحكام الفقهية المتشابهة بين القانون الرومانى والشريعة الإسلامية .

وسوف اتعرض في كل قاعدة أو حكم أتناوله توضيح معناه وبيان نشأة ومصدر تلك القاعدة أو ذلك الحكم .

وبعد تعرضى للقاعدة أو الحكم عند الرومان أعقب عليه بما يوجد في الشريعة الإسلامية وذلك لبيان أوجه التشابه فى المعنى والإختلاف في المصدر والنشأة .

ففي هذا المبحث قمت باستعراض القواعد والأحكام الأتية :

- الإجماع وقاعدة " إجماع الأمة على أمر ، شرع " طبيعى واجب الاتباع "
- الرأي وقاعدة "الأمبراطور هو المصدر الوحيد لوضع القانون وتفسيره في نفس الوقت»
- العرف وقاعدة " عند عدم النص يتبع ماتقضى به الآداب والعرف العام .
- البينات في القانون الرومانى وقاعدة " البينه على من ادعى "
- قاعدة " لاتكليف بمستحيل " .

---

* سيلحظ القاريء نوعاً من الإسهاب في هذا المبحث لكونه مبحثاً تأصيلياً يعرض معنى القاعدة والحكم ونشأة كل منهما ومصدرهما في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني لنصل بعده في المبحث الثاني إلى تحديد نقاط الاختلاف ، ولأن أي اختصار في هذا المبحث سينعكس على المبحث الثاني .

- قاعدة " من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه " .

- قاعدة " ماالتحق بالأصل تبعه "

- نظام الحسبة .

- المحرمات من النساء في القانون الروماني .

- أحكام الدعاوى في الحقوق الرومانية

الإجماع وقاعدة" إجماع الأمة على أمر ، شرعٌ طبيعي واجب الاتباع"

زعم " جولد تسيهر * Gold ziher أن الإجماع كمصدر من مصادر التشريع عند المسلمين ، إنما كان بتأثير القانون الروماني ، ولقد ردد هذا الزعم جل المستشرقين في كتبهم ومنهم المستشرقٌ شاختَ ** Schacht . (١) .

وباستعراض الإجماع عند الرومان وجد أن كلمة كونسانسوس Consensus اللاتينية مفيدة لمعنى الإجماع عند فقهاء التشريع الرومي .

وفيما يتعلق بمعنى الإجماع"Consensus" عند الرومان ، فيقول الأستاذ جيفار : "وإذا قيل هناك عدد من المفتين ، فمعناه أن هناك عدداً من الآراء المتضاربة ، وأمام هذا التضارب كان القضاء يتردد كثيراً ، ولذلك جاءت الاصلاحات الامبراطورية وتدخلت في الأمر بغية أن تحدد السلطة القضائية للمفتيين » (٢) .

حيث إنه لاخلاف ، بأن القاضي يأخذ برأى الجماعة عند الإجماع ، ولكن ماذا يقرر القاضي عند الخلاف في الرأي ، يقول تيودوز : " يجب على القاضي ، عندما يختلف الفقهاء في

---

* اجنتس جولد تسيهر Gold ziher مستشرق يهودى مجرى ، ولد سنة ١٩٥٠ م في المجر ، تحصل على الدكتوراه وعمره تسعة عشر سنة ،أفنى معظم عمره في البحث ودراسة العلوم الشرقية ، يعده المستشرقون من أئمتهم، وهو مرجعهم الأول في علوم الشرق ويعتبرون كتبه لايمكن الاستغناء عنها ، توفى عام ١٩٢١م .

(أنظر : " موسوعة المستشرقين " عبد الرحمن بدوى ، ص ١١٩ ، ١٢٥ ، " ترجمة لأجنس جولد تسيهر " نقله إلى العربية : صديق بشير نصر . من كتاب : من قضايا الفكر الإسلامى كما يراها بعض المستشرقين ، ص ٣٣٢) .

** جوزيف شاخت Schacht مستشرق ألماني متخصص في الفقه الإسلامي ، ولد سنة ١٩٠٢ م بألمانيا درس اللغات الشرقية ، وحصل على الدكتوراه عام ١٩٢٣ م . أنتدب للتدريس في الجامعة المصرية ، جامعة القاهرة حالياً . لتدريس فقه اللغة العربية بكلية الآداب ، ، اشترك في الإشراف على الطبعة الثانية من دائرة المعارف الإسلامية ، له مؤلفات كثيرة ،توفى عام ١٩٦٩ م . (أنظر « موسوعة المستشرقين " عبد الرحمن بدوى ، ص ٢٥٢ – ٢٥٣) .

(١) " العقيده والشريعة في الإسلام " جولد تسيهر ، ترجمة : محمد يوسف موسى ، وعلى حسن عبد القادر ، وعبد العزيز عبد الحق ، ص ٣٥ .

(2) D A . E . Gitfard " Precis de Droit Romain" T. I , P . 52 , art . 93 . Paris 1933 .

الرأى ، أن يأخذ برأى الأغلبية "Majorire" ، فإذا انقسم الفقهاء فى أمر معين إلى قسمين متساويين ، يؤيد كل قسم رأياً يختلف عن رأي القسم الأخر ، فإنه يترتب على القاضي ، عندئذ أن ينظر إلى الجانب الذى فيه رأيِ للفقية « بابنيان » ويلتزم به ، فيعتبر رأي أمير الفقهاء مرجحاً في هذه الحالة ، فهو يصدر حكمه بطريقه آلية لأنه يعد الآراء عداً ، فيحصيها ، دون أن يزنها ، لكى يرجح مابينها » (١) .

ومن القواعد الفقهية التى وضعها فقهاء الرومان في الإجماع وتدل على وجوب اتباع القاضيفِي ذلك « إجماع الأمة على أمرٍ شرع طبيعيٌ واجب الاتباع » (٢)

ثم تكلم الأستاذ جيفار عن هذه الاصلاحات الإمبراطورية في عهود أربعة :

فالأول يبدأ من عهد الأمبراطور أغسطس Augustc إلى صدور الأمر escrite للأمبراطور هادريان Hadrain (٢٧ ق . م . إلى ١١٧ ق . م) ، وهذه الاصلاحات حصرت حق الإفتاء بعددٍ من المفتيين يفتون باسم الشعب ، حيث كان قبل ذلك تصدر أجوبه من المفتيين من غير إذن الدولة ولا مراقبتها فلذلك حصر هذا الحق بعدد من المفتيين .

والثاني : يبدأ من عهد هادريان حتى قسطنيطين (١١٧ ق . م إلى ٣٠٦ م) وفي هذه الفترة حصرت حق الإفتاء للإمبراطور بعد استشارته للمفتين في مجلس المستشارين .

الثالث : من عهد قسطنطين حتى عهد تيودور الثانى // Theodor وفالنتيان الثالث Valentinnen/// ، وهذه الاصلاحات احتفظت بهذا الحق – حق الإفتاء – نهائياً للإمبراطور ، وزالت القيمة القانونية لفتاوى المفتيين إلا ماكان لمؤلفين سابقين .

الرابع : يبدأ من عهد الإمبراطوريين تيودور الثانى وفالننيان الثالث ، وهذه الاصلاحات وضعت حداً للحالات التى يختلف فيها المفتون السابقون في مؤلفاتهم ، حيث أصدر فاالنتيان

---

(١) « دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها » شفيق جراح ، ص ١٣٦ .

(٢) مدونه جوستيان في الفقه الروماني " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٢٣٦ « قواعد وأثار فقهية رومانية" ترجمة عبد العزيز فهمي ص ١٠ .

الثالث أمره الأمبراطوري الشهير سنة ٤٢٦ م . والذى عرف فيما بعد باسم قانون المرافعات الذي قسم المفتيين إلى جماعتين ، وجعل للجماعة الأولى سلطة كاملة أمام القضاء ويمكن الإستشهاد بأرائهم أمام القاضي ، وهذه الجماعة – الجماعة الأولى – تتكون من خمسة فقهاء هم : غـايوس * Gsalus، بابنيـان ** Papinien، بـولص *** Pauls، أولبـيان ****

---

* غايوس Gaius : من أقدم الفقهاء الخمسة المؤمأ أليهم في قانون فالنتيان الخاص بالتنويهات واللاستشهادات ، اشتهر بالمدونة التي وضعها قبل عهد جوستيان ، والتى اتخذها جوستنيان أساساً للمدونة التى أمر بوضعها لتعليم الفقه للشبان ، ومدونة غايوس لم تكن معروفه إلا من مختصرها الوارد بمجموعة الأوراد الأريكيه ، والتي اكتشفها العالم ينبهور عام ١٨١٦م . (أنظر : ملاحق مدونة جوستنيان ، تعريب عبد العزيز فهمى ، ص ٢٨ ، ٢٩) .

** إيميلوس بابنيان E . Papinien أطلق عليه القدماء والمحدثون لقب أمير الفقهاء ، كان الأمبراطور تيودوز الصغير يجعل لأرائه الأفضلية والتقدم على أراء جميع الفقهاء الآخرين ، كلف أن يعمل على التوفيق بين ابنى الامبراطور كبتيم سيفير وهما كاراكلاوجيتا ، فإن كارا كلا قتل جيتا وأمر بابنيان أن يبرر هذا الجرم أمام مجلس الشيوخ ، ورفض ذلك مما أدى بذلك أن أمر كاراكلابقتله ، كان ذلك في عز قوته ، رئيساً لمجلس الأحكام ، وأشهر مؤلفاته هي كتبه فى المسائل القانونية و فتاواه فيها (انظر : ملاحق مدونة جوستنيان ، تعريب عبد العزيز فهمي ص ٢٣٠ » .

*** جوليوس بولص Paulus يعتبر هو وأولبيان من العدول الذين يشهدون جلسات مجلس الأحكام في عهد رئاسة بابنيان ، وقد تولى هو أيضا منصب الرئاسة من بعد ذلك وقد خلف كثيراً من المؤلفات وعلى الأخص التعليقات والشروح على مؤلفات بابنيان ، كما خلف كثيراً من كتب التقريرات والقواعد معنونة بعنوان « التقريرات المأثورة » ، وكتب تقريراته هذه وصلت إلينا ، يعتبر من المؤلفين الخمسة المنوه بهم في قانون الاستشهادات (أنظر ملاحق مدونه – جوستنيان ، *الفقهاء الرومانيون* ، تعريب عبد *العزيز* فهمى ص ٢٣٠ » .

**** دومتسوس ألبيان D. Ulpianus كان رئيساً لمجلس الأحكام في عهد الأمبراطور اسكندر سيفير وصديقاً له ، مات مقتولاً ، قتله جنود الحرس الحاكمى الذين هاجو عليه بسبب ما أدخله من الاصطلاحات ، أشاد به المؤرخ المبريد في كثير من المواطن بمدحه والتنويه بسمو أخلاقه ، يؤخذ عليه ماكان من اضطهاده للمسيحيين وقتله فلا فيانوس وكرستوف – رئيسي مجلس الأحكام ـ على أن هاتين التهمتين نوقضتا وخفف أثرهما كثيراً عنه ، له المقام *الثاني* بعد بانسيان بين *فقهاء الرومان* ، له كتاب *القواعد* وصل *إلينا* ، يعتبر أحد *المؤلفين الخمسة المشار إليهم* بقانون التنويهات . والاستشهادات . (أنظر ملاحق مدونه جوستنيان ، تعريب عبد العزيز فهى ، ص ٣١)

Olpin موديستينوس ***** Modestin .

أما الجماعة الثانية فتتألف من فقهاء الذين نقلت الجماعة الأولى عنهم ، وذكرتهم فى مؤلفاتهم ، ويشترط للعمل بفتاويهم والاستشهاد بأقوالهم من استصحاب كتاب من مؤلفاتهم (١) .

هكذا نرى كيف ظهرت فكره الإجماع Consensusعند الرومان وقيمتها فى التشريع الرومى ، وهى فى أول ظهورها كانت مقصوره على إجماع مستشارى الامبراطور فى مؤلفاتهم مع التصريح بأن الغاية من ذلك إنما هو وضع حد لتضارب آراء المفتين أمام المحاكم ، والاحتفاظ بهذا السلطة أى سلطة الإفتاء - للأمبراطور ومن يعمل تحت سلطانه .

أما الإجماع فى الشريعة الإسلامية فيعتبر الدليل الثالث من أدلة التشريع الإسلامى الأربعة التى هى الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، ويستمد فكرته الأساسية من قول النبي ﷺ « لا تجتمع أمتي على الخطأ » (٢) « وفي رواية على ضلالة » .

والإجماع فى اصطلاح الأصوليين هو : اتفاق مجتهدى أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من الأعصار على أمر من الأمور (٣) .

فالإجماع في الإسلام من الناحية الحقوقية لم يقتصر على جماعة محددة أو عصر معين ، أو ترجيح جماعة فيها شخص معين على جماعة لم يوجد فيها ذلك الشخص ، أو قصرها على

***** هيرنيوس مودستينوس« M . Modestinus » : من أصحاب أولبيان ، وكان موجوداً زمن الأمبراطور اسكندر سفير وزمن أباطرة أسرة غرديان ، وهو أحد الفقهاء الخمسة المشار إليهم بقانون الاستشهادات والتنويهات ، له عدة مؤلفات كتب بعضها اليونانية (انظر ملاحق مدونة جوستنيان ، عبد العزيز فهمى ، ص ١٣٢)

(١)انظر « الحقوق الرومية وأثرها في التشريع الإسلامى » محمد معروف الدواليبى ، ص ١٠٧ - ١١١ .

(٢) رواه ابن عمر رضى الله عنهما مرفوعاً ، أخرجه الترمذى فى السنن ، كتاب الفتن ، بإب لزوم الجماعة ،ج٤ / ٤٦٦ .

(٣) « ارشاد الفحول في تحقيق الحق من علم الأصول » محمد بن على الشوكانى ، ص ٧١ .

عصر دون غيره ، وإنما نشأت فكرة الإجماع لتكون دليلاً مشروعاً للفقهاء أصحاب الاختصاص في كل عصر .

والغاية من الإجماع في الإسلام هي إعلان النبي ﷺ إحترام إرادة الجماعة في جميع شؤونها من حقوقية وغيرها ، وإعطاؤه كل سلطة ونفوذ لما يصدر عنها بالإجماع (١)

(١) « الحقوق الرومية وأثرها في التشريع الإسلامي » محمد معروف الدواليبي ، ص ١١٢ .

الرأي وقاعدة « الأمبراطور هو المصدر الوحيد لوضع القانون وتفسيره في نفس الوقت»

ادعى جولدتسيهر Gold Zihar إن اعطاء علماء القانون الإسلامى رأياً ذا قيمه ، إنما كان ذلك مقتبساً من علماء القانون الرومي ، ذلك أن القانون الرومانى اعطى وزناً كبيراً لآراء علمائهم « كما أن علماء القانون الرومي اعطوا وزناً كبيراً لآراء علماء القانون Opinio Prudentom، كذلك منح علماء القانون الإسلاميون لأنفسهم الحق الامتيازى ليروا رأيا ذا سلطة ، والمصطلح العربى لهذا العمل هو الرأي ، وهو ترجمة المصطلح اللاتينى أبينيوا Opinio » (١) .

ولعل ادعاء جولدتسيهر Gold zihar مستند على ماورد فى مدونة جوستنيان فى الفقه الروماني « إجابات المفتين هى القرارات والآراء الصادرة من الفقهاء المصرح لهم بتبيين أحكام القانون ، ففي العهد القديم كان يوجد أناس لهم حق تفسير القانون تفسيراً رسمياً ومن عهد إليهم بهذه المهمة كان يطلق عليهم اسم رجال الإفتاء ، وقرارات هؤلاء الفقهاء وأراؤهم متى كانت صادرة بالإجماع فإنها كانت بمقتضى النظام تربط القاضي فلا يحيد عنها فى قضائه » (٢) ذلك لأن ادعاء جولد تسيهر لم يذكر دليلاً على ماذهب إليه .

ويعتبر الرأي Opino أحد مصادر القانون الروماني ، حيث كان الأُمبراطور هو المصدر الوحيد لوضع القانون وتفسيره في نفس الوقت .

ومن القواعد التى وضعها علماء الفقه الرومي في الرأي « الإمبراطور هو المصدر الوحيد لوضع القانون وتفسيره » (٣) « لواضع القانون حق تفسيره » (٤) ، «الفتاوى هي التقريرات

---

(١) " العقيدة والشريعة في الإسلام » مرجع سابق ، ص ٣٨ .

(٢) « مدونة جوستنيان فى الفقه الرومانى» ترجمة عبد العزيز فهمى ، ص ٩ .

(٣) « قواعد وآثار فقهية رومانية » ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ١٥ ، « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٣٧٨ .

(٤) « قواعد وآثار فقهية رومانية » ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ١٦ ، مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٣٧٧ .

والآراء الصادرة من الفقهاء الذين عهد إليهم بتبيين معاني القانون » (١)، « إنما خلقنا لإقامة العدل ، فنحن لانسّن القوانين بمحض الرأي بل بدافع الفطرة » (٢) .

يتبين لنا من القواعد الفقهية التى وضعها الرومان في القانون وتفسيره ، أنه قانون وضعى يتحكم فيه الأمبراطور ويعطي نفسه حق تفسيره ، وبالتالى يمنح لمن أراد أن يعطى رأيه في تفسير القانون .

هذه منزلة الرأى في القانون الرومانى وهو مبنى على الهوى ومصلحة الأمبراطور والذي أوجب وجوده الفطرة .

أما الرأي في الشريعة الإسلامية ، فقد عرفه الإمام ابن القيم بأنه « مايراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب معرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات .... ثم قال فلا يقال : لمن رأى بقلبه أمراً غائباً عنه مما يُحس به أنه رأي ، ولايقال أيضاً للأمر المعقول الذى لاتختلف فيه العقول ، ولاتتعارض فيه الأمارات أنه رأي ، وإن احتاج إلى فكرة وتأمل لدقائق الحساب ونحوها (٣) .

إن ابن القيم رحمه الله في تعريفه للرأي يقصره على الاجتهاد عند تعارض الأمارات . فالرأي على هذا تعريفه هو الاجتهاد عند تعارض الإمارات ، فإن كان المراد بالإمارات العلل ، فيكون الرأي هو العمل في الواقعة بإحدى العلتين أو العلل التى تجذب الحكم ، وإن كان المراد بالإمارات الأدلة الظنية ، فالرأي هو الاجتهاد في حدود ترجيح دليل على آخر (٤) .

كما عرف الرأي عبد الوهاب خلاف في الاصطلاح بأنه : (التعقل والتفكير بوسيلة من

---

(١) « قواعد وأثار فقهية رومانية » ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ١٦ ، « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٢٧٦ .

(٢) « قواعد وأثار فقهية رومانية » مرجع سابق ، ص ١٥ ، « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » مرجع سابق ، ص ٣٧٨ .

(٣) « إعلام الموقعين من رب العالمين » ابن القيم الجوزية ، ج١ ص ٧٠ .

(٤) « الرأي وأثره في مدرسة المدينة » أبو بكر اسماعيل ميقا ، ص ٣٩ .

الوسائل التى أشد الشرع إلى الاهتداء بها في الاستنباط حيث لانص) (١) .

لقد أراد بهذا التعريف أن يوضح به تعريف الأصوليين للاجتهاد بالرأي ولهذا عقبه بقوله : « فالاجتهاد بالرأى هو بذل الجهد للتوصل إلى الحكم فى واقعه لانص فيها بالتفكير واستخدام الوسائل التى هدى الشرع إليها للاستنباط بها فيما لانص فيه » .

ويعتبر تعريف كل من الإمام ابن القيم وعبد الوهاب خلاف قاصرين ، ذلك أن تعريف الإمام ابن القيم رحمه الله حصر الرأي في ترجيح حكم مسألة ما إذا تجاذبتها عدة أصول فى الإمكان القياس عليها . أما تعريف عبد الوهاب خلاف فقد جعله خارج نطاق النصوص وحصره فيما لانص فيه (٢) .

وعرف الشيخ محمد أبو زهرة الرأي بقوله : (والحق أن الاجتهاد بالرأي تأمل وتفكير في تعرف ماهو الأقرب إلى كتاب الله تعالى وسنة رسول الله ﷺ سواء أكان يتعرف ذلك الأقرب من نص معين ، وذلك كالقياس ، أم أقرب المقاصد العامة للشريعة ، وذلك هو المصلحة) (٣)

لقد كان رسول الله ﷺ إذا عرضت عليه مسألة ليحكم فيها ، فإن كان لها من كتاب الله حكم قضى به وأن لم يوجد انتظر الوحي من السماء ولقد قضى رسول الله ﷺ بالاجتهاد بالرأى فى قضايا تحدث ولا يوجد لها نص حكم * فإن كان صواباً فذاك وإن أخطأ نزل الوحي لتسديد الخطأ وبيان وجه الصواب فى القضية .

والصحابة رضوان الله تعالى عليهم قد استعملوا الرأى فى إجتهادهم ولجؤوا إليه عندما كانت تعرض لهم الحوادث التى لانص فيها . حيث وقع الاجتهاد بالرأى من الصحابة فى حضرت الرسول ﷺ أو فى غيبة ، فما كان منه صواباً أقره وصحح ماكان خطأ بعد عرضه عليه ، وبعد وفاة الرسول ﷺ وانقطاع الوحي من السماء واتساع رقعة الدولة الإسلامية

---

(١) « مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه » عبد الوهاب خلاف ، ص ٨ – ٩ .

(٢) انظر «الرأي وأثره في مدرسة المدينة » أبو بكر اسماعيل ميقا ، ص ٤٢ .

(٣) « تاريخ المذاهب الفقهية » محمد أبو زهرة ، ص ١٧ – ١٨ .

استجدت حوادث لم تكن موجوده على عهد الرسول ﷺ أدى بالصحابة إلى الاجتهاد بالرأى فيما لايوجد فيه نص من كتاب الله أو سنة نبيه محمد ﷺ .

وتبلور الأمر بعد ذلك حتى أدى إلى نشوء مدرستين ، مدرسة أهل الرأى ومدرسة أهل الحديث . ويعتبر الإمام أبو حنفية يمثل مدرسة الرأى ، بينما الإمام مالك يمثل مدرسة الحديث . واستمرا الحال على ماهو عليه حتى قام الإمام الشافعى ووضع قواعد كل من الرأى والاجتهاد والقياس .

على أنه قد وردت آثار في ذم الرأى وأخرى في مدحه ، وقد وفق العلماء فى التوفيق بين الآثار الواردة في مدح الرأي والآثار الواردة في ذم الرأي ، من ذلك قول الشاطبى « اتفق العلماء جميعاً ممن يجوز الاجتهاد بالرأى والعمل به على أن الرأي الذى ذمه الصحابة والتابعون غير الذي عملوا به ، واستندوا إليه فى فتاويهم عند عدم وجود النص ، وقالوا : لايمكن أن تكون هذه الآثار والأحاديث الذامة للرأي المراد بها ذم الاجتهاد بالرأي على الأصول في حدود المقاصد العامة للتشريع فى حادثة لايوجد فيها نص من كتاب ولا سنة ولا إجماع ممن يعرف الأشباه والنظائر ، ويفهم معاني النصوص ومقصد التشريع العام على ذلك يكون الرأي المذموم المذكور فى هذه الأحاديث والآثار عن النبى ﷺ أصحابه والتابعين هو القول فى أحكام الدين بالاستحسان والظنون والاشتغال بحفظ المعضلات وغلطات ورد الفروع والنوازل بعضها على بعض قياساً دون ردها إلى أصولها والنظر فى عللها » (١) .

يتضح مما سبق أن جذور الرأي قد بدأت ملامحها منذ عهد الرسول ﷺ ولم يكن مبنياً علي الهوى ، بل يلجأ إليه عند عدم وجود نص من كتاب أو سنة أو إجماع . كما تم وضع قواعد وشروط لايحاد عنها لمن أراد الاجتهاد بأيه في مسألة ما .

---

(١) انظر « جامع بيان العلم وفضله » لابن عبدالبر ج ٢ ، ص١٦٩ ـ ١٧٠ ، « الاعتصام » الشاطبي ، ج٢ / ٣٣٤ .

العرف وقاعدة: عند عدم النص يتبع ماتقضى به الآداب والعرف العام »

يعتبر العرف أهم وأقدم مصدر للقاعدة القانونية في القانون الروماني إلى بداية عصر الإمبراطورية السفلى من عام ٢٨٤م إلى وفاة الأمبراطور جوستنيان عام ٥٦٥م ، فقد ذكر أحد فقهاء العصر العلمي بمبونوس Pomponius ، في فقرة وردت في موسوعة جوستنيان : « إن الملوك كانوا يحكمون الشعب بغير تشريع ثابت ، فلم يكن هناك تشريع ولا فقه ، بل كان هناك مجرد عرف أي قانون غير مكتوب » (١) .

حيث قسم الرومانيون مصادرهم الحقوقية إلى نوعين وذلك كما نقل الفقيه غايوس عن الأمبراطور جوستنيان في مدونة القانونية ، حيث قال « إن حقوقنا على نوعين : مكتوبة وغير مكتوبة ، كالشأن في شرائع اليونانيين ، إذ بعضها مكتوب والبعض غير مكتوب ، فالحقوق المكتوبة هي : القوانين Lois، والقرارات الشعبية Plebiscites، وقرارات مجلس الشيوخ natuc Consults، وأوامر أولياء الأمور ومنشورات الحكام وفتاوى المفتيين ، والحقوق غير المكتوبة ، تشمل الأنظمة التي جرى عليها العرف وأكدها الاستعمال ، إذ العادات القديمة المتقبلة بالرضا ممن هي جارية بينهم ، لما فيها قوة الحقوق المكتوبة » (٢) .

وقد وردت عدة آثار فقهية رومانية تدل على أن العرف أحد أهم مصادر الحقوق القانونية لدى الرومان فمن ذلك « العادة شرع محكم » (٣) « عند عدم النص يتبع ماتقضي به الآداب والعرف العام » (٤) « العادات القديمة المقررة بإجماع متبعها تجرى مجرى القانون وتعطى

---

(١) « تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية » صوفي حسن أبو طالب ص ٢٨٥ ، « مدخل إلى تاريخ الشرائع » محمود المغربي ، ص ٥٠، تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ، ص ٣٠ .

(٢) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني" ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٨ ، " تاريخ القوانين والشرائع " على جعفر ص٣١ .

(٣) " قواعد وأثار فقهية رومانية " تترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٣ .

(٤) « قواعد وأثار فقهية » مرجع سابق ، ص ٤ .

حكمة » (١)، « ماجرى به العرف والعادة من الشروط يعتبر قائماً ضمنا فى العقود وإن لم ينص عليه فيها » (٢) .

وقد لعب رجال الدين دوراً كبيراً فى تكوين العرف وتطويره وتفسيره ، واستمروا فى احتكار علم القانون حتى بعد صدور قانون الألواح الإثنى عشر فى العصر الجمهورى الذي لم يكن ، إلا تثبياً للعرف وتكريساً لما كان سائداً في التعامل مع سكان روما ، وأن هذه الحقوق في أصلها ذات صبغة دينية ، فهي من الأسرار التى يتناقلها رجال الدين بكل دقة ويخشى من شيوعها(٣).

وقد وصل العرف إلى درجة يعلو بها جميع المصادر رتبة ، لذلك كان قادراً على تعديل أو إلغاء القواعد القانونية المتولدة من المصادر الآخرى بما فيها التشريع ، إلا أنه منذ عصر الإمبراطورية السفلى أصبح التشريع الصادر من الإمبراطور المصدر الرئيسي للقانون ، وبذلك هبط العرف إلى مرتبة أدنى من مرتبة التشريع في عهد الإمبراطورية السفلى ، حيث أصبح عاجزاً عن تعديل أو تغير التشريع ولا يعتدبه إلا في الحالات التى يخالف فيها التشريع (٤) .

أما العرف في الشريعة الإسلامية فهو أحد الأدلة المختلف فيها ، ذلك أن الشريعة الإسلامية جاءت لتنظيم المجتمع وإسعاد الناس بجلب المنافع لهم ودفع المضار عنهم ، لايتصور فيها أن تحول بين الناس وبين ماتعارفوه مما يجلب لهم نفعاً أو يدفع عنهم ضراً أو يرفع عنهم حرجاً ومشقة (٥) .

---

(١) « قواعد وآثار فقهية رومانية » مرجع سابق ، ص ٥ .

(٢) « مدونه جوستنيان في الفقه الروماني » تترجمة عبد العزيز فهمى ، ص ٣٦٨ .

(٣) « تاريخ القوانين والشرائع » على جعفر ، ص ٣٠ ، المدخل إلى تاريخ الشرائع " عبد المجيد المغربى ، ص ٥٠ .

(٤) " تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية " صوفى حسن أبو طالب ، ص ٢٨٥ .

(٥) « المستشرقون ومصادر التشريع الإسلامى » عجيل النشمى ، ص ٢٥ ، " أصول الفقه الإسلامى " محمد شلبى ص ٣١٧ .

فلذلك فإن العرف معتبر في كثير من الأحكام الشرعية العملية بين الناس لما له من تأثير واسع فى استنباط الأحكام والاجتهاد فيها ، وذلك لأن كثيراً من أعمال الناس وألفاظهم ومعاملاتهم وشؤون حياتهم تقوم على ماعتادوه وتعارفو عليه ، فلابد من النظر إلى هذه المألوف المتعارف ، لذا لم تغض الشريعة الإسلامية النظر عنه ، بل جعلت رعايته أصلاً من أصولها العامة واعتبرته فى بناء الأحكام والفتوى عليه ، كالديه على االعاقلة وبعض المعاملات الصحيحة التى كانت سائده فى الجاهلية كإقرار النبي ﷺ لشركة المضاربة وقيدت بعض العقود بشروط خاصة كالقرض والسلم (١) .

لذا ينقسم العرف من حيث اعتباره والاعتداد به فى التشريع الإسلامي إلى ثلاثة أقسام:-

١- ماقام الدليل الخاص على اعتباره كمراعاة الكفاءه فى النكاح فهذا يجب اعتباره .

٢- ماقام الدليل على نفيه كعاده أهل الجاهلية فى التبرج وطوافهم بالبيت عراة والجمع بين الأختين وأن يرث أكبر الأبناء دون غيره ... الخ فلا يعتبر .

٣- مالم يقم الدليل الخاص على اعتباره أو نفيه وهذا موضع نظر المجتهدين ، وقد ذهب الفقهاء إلى مراعاته وبنوا عليه كثيراً من الأحكام والفتاوى ولم ينكر ذلك أحد منهم (٢) .

ولما كان للعرف سلطانة وتأثيرة في الأحكام الشرعية ، فقد قرر الفقهاء بعض القواعد العامة التى تعتمد على العرف ، ونجد ذلك فى ثنايا الأبحاث الفقهية الشئ الكثير فمن هذه القواعد « العاده محكمة » ، « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ، « لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » ، « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » ، « الممتنع عادة كالممتنع حقيقة » (٣) .

---

(١) " أثر العرف فى التشريع الإسلامي " السيد صالح عوض ، ص ١٤٧ ، "نظريه العرف عبد العزيز الخياط " ، ص ٤٠ .

(٢) " أثر العرف فى التشريع الإسلامى " السيد صالح عوض ، ص ١٤٨ .

(٣) " شرح القواعد الفقهية " الشيخ أحمد الزرقاء ، ص ١٨١ – ١٨٥ ، " نظرية العرف " عبد العزيز خياط ، ص٤٤.

فهذه منزلة العرف فى الفقه الإسلامي ، يرعاه ويحافظ عليه ، ويعتبره مادام صحيحاً يحقق المصلحة ويدفع المضرة ، ولايتعارض مع النصوص الشريعة ، أما إذا لم يكن كذلك فإن الفقه الإسلامى ينبذه وراء ظهره غير مقيم له وزناً ويسمى في اصطلاح الفقهاءعرفاً فاسداً(١).

---

(١) " العرف وأثره في الشريعة والقانون " أحمد بن على السير المبارك ، ص ١٩ .

البينات في القانون الروماني

وقاعدة « البينه على من ادعى »

تعتبر قاعدة « البينة على من ادعى » (١) أو « البينة على من ادعى لا على من أنكر » (٢) إحدى القواعد التي وضعها الأباطرة في الفقه الروماني للقضاء .

إذ كان للقاضي مطلق السلطة والحرية في قبول مايشاء من البينات ، ورفض مايشاء حتى جاء عهد الأباطرة الرومان وتدخلوا بأنفسهم فيما يجب أن يقبله القاضي من البينات ومايجب أن يرفضه ، ومن البينات التى وضعها الأباطره عدة أنواع يمكن عدها فيما يلى : –

١ – الشهود ٢– الحجج الخطية ٣– الاستفهامات في مجلس القضاء

٤– اليمين ٥– الاعتراف ٦– الإمارات (٣)

وقد اشترط لقبول بينة الشهود أن تكون مقرونة بيمين ، وأن يرجح منها ماكان صادراً عن طبقات اجتماعية مهذبة رفيعة ، وأن شهادة الشخص الواحد باطلة ، بل إن جوستنيان اشترط وجود خمسة شهود في بينة تأدية الدين عندما يكون هذا الدين ثابتاً في حجة خطية .

ولقد احتلت الحجج الخطية مكاناً هاماً في عهد الإمبراطورية السفلى ، لأن العقود الخطية حلت مكان العقود الشفهية والرمزية المعروفة في عهد الجمهورية .

وتختلف قيم الحجج الخطية في قوتها تبعاً لما إذ كان مسجلة لدى الولاة أصحاب الصلاحية أو كانت مكتوبة لدى من يقوم بوظيفة كاتب عدل أو كانت خاصة .

---

(١) " قواعد وآثار فقهية رومانية « ترجمة عبد العزيز فهمى ، ص ٤٠ ، " مدونة جوستنيان فى الفقه الرومانى "ترجمة عبد العزيز فهمى ، ص ٣٦٥ .

(٢) " قواعد وآثار فقهية رومانية " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٤٢ ، « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " مرجع سابق ، ص ٣٦٧ .

(٣) " الوجيز فى الحقوق الرومانية وتاريخها " محمد معروف الدواليبى ، ج٢ ، ص ١٨٥ .

فإذا كانت الحجج الخطية مسلجة لدى الولاة أصحاب الصلاحية ، فلا شك في قطعيتها ، وأما إذا كانت مكتوبة لدى من يقوم بوظيفة كاتب عدل ، فلا يكون لها قيمة في القضاء إلا إذا كانت لد ى كاتب عام « Untabellio » ومصحوبة بيمينه يؤكد فيها بأنه كتب هذه الحجة وفقاً لما أملاه الطرفان ، وإن كانت خاصة ، فليس لها قوة مبرهنة ، إلا إذا كتبت في حضور شهود وذيلت بكلمة تأييد من قبل كل من الكاتب والشهود والشخص الذى ستتخذ هذه الحجة الخطية وثيقة ضده ، وذلك من أجل اجتناب التزوير .

كما عدت الاستفهامات في مجلس القضاء نوعاً من البينات ، ودليلاً في جميع القضايا ، لأن القاضي قد يستطيع أن يكون لنفسه رأياً حول نقطة النزاع بعد طرح بعض الأسئلة والاستفهامات على كل من المدعي والمدعى عليه .

أما الاعتراف في الدعوى غير العادية ، أصبحت لها بصورة مطلقة قوة البينة ، سواء أكانت الدعاوى شخصية أم عينية ، أي أن الاعتراف مثل اليمن لايجعل صاحبه كالمحكوم ويوقف الدعوى بل لابد من الاستمرار في الدعوى وصدور الحكم فيها ، ولايعتبر الاعتراف إلا دليلاً يمكن تعليل الحكم به .

أما الإمارات فهي عبارة عن بعض الوقائع التى لاتعتبر أدلة ، ولكن تحمل على الظن عند وجود أمر من الأمور ، دون أن يكون هناك دليل مباشر على وجوده ، ولم يكن القاضي يعتمد على الإمارات إلا إذا كانت هامة وجديرة بالاعتبار ، وذات صلة مباشرة بالأمر المراد التدليل عليه (١) .

أما اليمين فقد أصبحت نوعاً من البينات بصورة عامه ، ويمكن للشخص أن يقسم اليمين أو أن يطلب اليمين من خصمه ، كما يمكن للقاضي أن يطلب اليمين من أحد الطرفين عندما يجد أن البينات الآخرى غير كافية . ومن طلب منه اليمين فقد وجب عليه القسم ، وإذا امتنع اعتبر امتناعه اعترافاً ، ولكن هذا الرفض مثل الاعتراف لاينهى الدعوى على نحو ماكان عليه

---

(١) انظر" الوجيز فى الحقوق الرومانية " محمد معروف الدوليبى ، ج٢ ، ص ١٨٧ .

الحال في العهد الماضي – حيث كان يعتبر الممتنع عن اليمين والمعترف كالمحكوم عليه، وينتقل من ذلك إلى مرحلة التنفيذ إذا كان الموضوع مبلغاً – بل لابد من الاستمرار في الدعوى وصدور الحكم من القاضي ، باعتبار أن الامتناع عن اليمين ومثله الاعتراف ليس إلا نوعاً من الأدلة التى يستدل بها القاضي ويعتمد عليها فى حكمه .

ويتوجب على المدعى عليه منذ عهد جوستنيان أن يقسم اليمين على الإنجيل بالصيغة التالية «إنه لم يقم الدعوى ولم يدافع فيها بقصد سيء محض الخصومة ، ويؤكد إيمانه بحقه»(١)

إن وضع الأباطرة الرومان للقاعدة « البينة على من ادعى » يأتى تزامناً مع النظام القضائى الجديد ، إذ أن النظام القضائي وأسلوب الدعاوى فى عهد الامبراطورية السفلى قد اختلف تمام الاختلاف عما كان عليه فى عهد الجمهورية ، فلم يعد هناك مرحلتان للدعوى : أمام الوالي أولاً ، ثم أمام القاضى ثانياً ـ حيث أصبح القضاء يجري من أول الدعوى إلى أخرها أمام موظف من قبل الدولة بصفته ممثلاً للسلطة العامة (٢) .

وأطلق على هذا الإسلوب الجديد أنه غير عادى لأن الدعوى أصبحت تجرى على خلاف النظام القضائى المعتاد السابق المعروف منذ عهد الدعاوى القانونية حتى نهاية عهد الدعاوى الموثقة .

أما وسائل إثبات الحق في الشريعة الإسلامية فهى متعددة ، إذ لايمكن للقاضى الفصل فى أى خصومة أو قضية بمجرد الادعاء ، وبدون إثبات الحق إلا بإحدى الوسائل الشرعية منها الشهادة والإقرار ، واليمين والكتابة والقرائن والعلم الشخصى للقاضى نفسه والقيامة والقسامة.. الخ ، إذ لايمكن حصر وسائل إثبات الحق ، فإن ماتقدم يعد بعض وسائل إثبات الحق ، فإن المقصود من البينة فى الشرع إسم لما يبين الحق ويظهره ، فهى تارة تكون شهوداً أو يمينا ... الخ ، فالبينة على المدعى أي أن عليه أن يظهر مايبين صحة دعواه ، فإذا ظهر

---

(١)" الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها " . ، مرجع سابق ، ج٢ ، ص ١٨٣ .

(٢) " الوجيز فى الحقوق الرومانية وتاريخها " محمد معروف الدواليبى ، ج٢ ، ص ١٨٨ .

صدقه بأي طريق من طرق إثبات الحق حكم له (١) .

على أن الشريعة الإسلامية اشترطت شروطاً في كل وسيلة من وسائل إثبات الحق وأن منشأ ومصدر هذه الوسائل كتاب الله وسنة رسوله ﷺ .

إن القاعدة الفقهية « البينة على المدعى ، واليمن على من أنكر » أصلها حديث نبوى شريف (٢) .

والحكمة في أن « البينة على المدعى » لأن جانبه ضعيف ، لأنه يدعى خلاف الظاهر ، لذا كان يجب عليه أن يقوي بها جانبه الضعيف ، والحجة القويةهي البينة ،وجانب المدعى عليه قوي، لأن الأصل عدم المدعى به ، فاكتفى منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين .

وتجب اليمين على المدعى عليه بشروط منها إذا أنكر الحق المدعى به ، فلو أقر لم تجب اليمين عليه أو أن يطلب المدعي تحليفه اليمين ، فلو لم يطلب المدعي تحليفه لم تجب اليمين عليه ، أو أن يكون المدعى به مما يجري فيه الاستحلاف ، فإن كان حق لله ، مثل الحدود فلا يشرع فيها اليمين وأما إذا كان الحق للأدمي ، فينقسم إلى قسمين ، قسم يشرع فيه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم وهو إذا كان مالاً أو مقصود منه المال ، وإذا لم يكن بمال أومقصود منه المال ، كالقصاص وحد القذف ، والنكاح والطلاق والرجعة والعتق والنسب والولاء ، فاختلف في ذلك ، ففي مذهب الأحناف والمالكية ورواية للحنابلة أنه لايستحلف المدعى عليه ولاتعرض عليه اليمين ، أما مذهب الشافعية ورواية للحنابلة أنه يستحلف في كل حق أدمي (٣) .

إن الشارع الحكيم شرع لنا الدعوى لأنها الطريق الموصل لصاحب الحق إلى المطالبة بحقه أمام القاضي ، ولولا هذا الطريق لانسدت في وجه صاحب الحق كل الأبواب التى توصله

---

(١) انظر " الطرق الحكيمة إلى السياسة الشرعية " ابن القيم الجوزي ، ص ٢٣ .

(٢) " سنن الترمذى " كتاب الأحكام ، باب ما جاء في البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، حديث رقم ١٣٤١، ج ٣ / ٦١٧ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . وفي اسناده مقال .

(٣) انظر " المغنى مع الشرح الكبير " لابن قدامه ، ج ٩ ص ٢٣٧ – ٢٣٩ .

إلى حقه ومرغوبه ، وقد وضع شروط لكل من المدعي والمدعي عليه ، فلذلك أوجب على المدعي البينة لقول الرسول ﷺ « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » (١) .

ومن هذا يتضح قيمة القاعدة الفقهية التى وضعها الفقهاء وهى « البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » والتى أصلها حديث شريف كما أسلفنا (٢) .

من التعرض للبينات فى كلٍ من القانون الرومانى والشريعة الإسلامية يتضح وجود تشابه واختلاف بينهما وسوف أقوم ببيان التشابة والاختلاف بينهما فى المبحث القادم .

---

(١) « سنن الترمذي » سبق تخريجه ، انظر ص ١٢ .

(٢) " المغني " لابن قدامة ، ج ٩ ص ٢٣٦ – ٢٣٧ .

قاعدة « لاتكليف بمستحيل » (١)

وهذه القاعدة من وضع الفقهاء الرومانيون ومعناها :

أنه إذا التزم شخص بعمل أو بالامتناع عن عمل ، وجب أن يكون ماالتزم به ممكناً ، لأنه لا التزام بمستحيل (٢) .

والاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهي التي ترجع إلى استحالة الشئ في ذاته ، لا إلى استحالة بالنسبة للملتزم ، فقد يلتزم شخص بعمل فنى يكون من المستحيل عليه هو القيام به ، أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لايستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطيقونه ، ففي هذه الحالة يوجد التزام ويقوم على المحل الصحيح .

فمن ذلك إذا استحال على المدين القيام بتسديد الدين للدائن ، فتعتبر هذا الاستحالة استحالة نسبية لاتمنع من قيام الالتزم ، ويكون المدين مسئولاً في هذه الحالة عن التسديد وذلك لاستطاعة القيام بالتزامه ، ولتسرعه في أن يأخذ على نفسه التزاماً .

وتعرف الاستحالة المطلقة في القانون الروماني بأنها : الاستحالة الراجعة إلى الشيء في ذاته فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا الالتزام ، ولاتمنع من وجوده إذا كانت لاحقة ، و تسمى كذلك بالاستحالة الطبيعية - (٣) .

وقد تكون الاستحالة قانونية ، أي لاترجع إلى طبيعة الشيء في ذاته ، بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية بعد مضي الميعاد القانوني أو نقض في

---

(١) " قواعد وآثار فقهية رومانية » تعريب عبد العزيز فهمي ، ص ٢٠ ، " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " عبدالعزيز فهمى ، ص ٢٨٠ .

(٢) " نظرية العقد " عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ص ٤٦٧ " دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها " شفيق الجراح ، ص ٢٦٠ .

(٣) " نظرية العقد " عبد الرزاق السنهورى ، ص ٤٦٨ " دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها "مرجع سابق ، ص ٢٦٢ .

قضية لايجوز فيها النقض ، ففي هذه الأمثلة ترجع الاستحالة إلى حكم في القانون لا إلى طبيعة الشيء .

وحكم الاستحالة المطلقة القانونية كحكم الاستحالة المطلقة الطبيعية ، فهي تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنهى الالتزام إذا وجدت بعد ذلك .

وقد تكون الاستحالة جزئية لا كليه ، أو قد تكون مؤقته لادائمة ، مثل ذلك أن يتعهد شخص بزراعة أرض يتضح أن جزءاً منها غير قابل للزراعة أو أن يحول الفيضان دون ذراعتها مدة من الزمن ، ففي هذه الأمثلة يقوم الالتزام بالقدر الذي يكون تنفيذه ممكناً،أو عند الوقت الذى يمكن فيه التنفيذ ، ولا تؤثر الاستحالة الجزئية أو المؤقته في قيام الالتزام (١) .

إن هذه القاعدة الرومية « لاتكليف بمستحيل » لها مايقابلها عند علماء الأصول في الشريعة الإسلامية في مبحث مسألة" التكليف بالمحال » (٢) ، حيث عبروا عنها بعبارات متنوعة واختلفوا في حكمها، ويطلق العلماء كلمة المحال على أربعة معان وهي: على مالا يعقل على حال وهو المستحيل لذاته، ومثلوا له بالجمع بين الضدين وإعدام القديم وإيجاد الموجود ، وعلى مالا يدخل تحت قدرة البشر – وإن كان ممكناً في نفسه – ومثلوا له بخلق الجواهر والأعراض ، وعلى مالا يقدر عليه العباد عادة – وإن كان من جنس مقدورهم – ومثلوا له بالطيران في الهواء والمشي على الماء ، وعلى ماكان من جنس المقدورعليه في العادة ، إلا أن الله لم يخلق للعبد قدرة عليه ، ومثلوا له بجميع الطاعات التى لم تقع ، والمعاصي غير الواقعة (٣) .

واختلف الأصوليون في هذه المسألة في جواز ذلك عقلاً على ثلاثة أقوال : –

– فمذهب جمهور العلماء على جواز التكليف بالمحال مطلقاً مهما كان نوعه ، واستدلوا

---

(١) « نظرية العقد » مرجع سابق ص ٤٦٨ ، " دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها " شفيق الجراح، ص ٢٦٢ .

(٢) " شرح مختصر الروضة في أصول الفقه " نجم الدين سليمان الطوفى " ، ح ٢ ص ٢٢٠ .

(٣) " الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية " محمد أبو الفتح البيانوني ، ص ٢٩١ .

على ذلك بقوله تعالى « ولاتحملنا مالا طاقه لنا به » (١) فقالوا : لو كان ذلك مستحيلاً ، لما استقام الابتهال إلى الله به ، فدل على جوازه ، لأن الاستعاذة من المحال محال .

– وذهب قوم إلى المنع من التكليف بالمحال مطلقاً ، ونسب هذا القول إلى المعتزلة ونقل كذلك عن كثير من أئمة الشافعية ، وقال الزركشي : (وهو ظاهر نص الشافعي رضى الله عنه فى الأم ، فإنه قال : يحتمل أن يكون قول النبي ﷺ (فأتوا منه ماستطعتم » أي عليكم إتيان الأمر فيما استطعتم ، لأن الناس إنما كلفوا فيما استطاعوا من الفعل استطاعة ، لأنه شيء مكلف...) .

وذهب قوم إلى التفصيل بين أن يكون المحال محالاً لذاته فلا يجوز التكليف به عقلاً ، وبين أن يكون محالاً لغيره فيجوز ، وهذا اختاره الأمدى (٢) .

وأما الخلاف فى وقوع التكليف بالمحال شرعاً ، فهو دائر بين الجمهور والمتكلمين ،فقال الجمهور بعد وقوعه ، وحكى أبو إسحاق الإجماع فيه ، وقال الإمام في الشامل : وإليه صار الدهماء من الأئمة وعليه جل الفقهاء قاطبه ، وذهب كثير من المتكلمين إلى أنه واقع ، واستدلوا على ذلك بأن الله تعالى أمر أبا جهل أن يصدقه ويؤمن به فى جميع مايخبر عنه ، ومما أخبر عنه أنه لايؤمن ، فقد أمره أن يصدقه بأنه لايصدقه ، وهذا جمع بين النقيضين (٣) .

عند استعراض أدلة الفريقين يرجح عدم وقوع التكليف بالمحال شرعاً ، لما يعرف من تتبع الأحكام الشرعية واستقرائها .

إن هذه القاعدة من القواعد العقلية المسلم بها ، فلا غرابة في تشابهها بين فقهاء الرومان

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٦ .

(٢) انظر " شرح مختصر الروضة فى أصول الفقة " نجم الدين الطوفي ، ج ٢ ص ٢٢٠ – ٢٣٠ ، ، " الحكم التكليفي فى الشريعة الإسلامية " محمد أبو الفتح البيانوني ، ص ٢٩١ – ٢٩٣ .

(٣) " الحكم التكليفي فى الشريعة الإسلامية " محمد أبو الفتح البيانونى ، ص ٢٩٣ " البحر المحيط " الزركشي ، ص١٤٢ .

وعلماء الأصول فى الشريعة الإسلامية ، على أنه توجد اختلافات بنيهما سوف أوضحها فى المبحث القادم .

قاعدة من « استعجل الشئ قبل أوانه عوقب بحرمانه » (١)

وضع الفقهاء الرومانيون هذه القاعدة نتيجة للدعاوى التى كان يرفعها أصحاب الدعوى ضد مدعيهم ويكون فيها طالباً أزيد من حقه فى الدعوى ولذلك وضع علماء الفقه الروماني هذه القاعدة .

ومعنى هذه القاعدة « إذا طلب المدعي فى صحيفة الدعوى شيئاً أزيد من حقه ، فقد كان المقرر سقوط دعواه ، أى خسارتها وضياع حقه ، وكان الحاكم لا يسمح بإقالة عثرته وإرجاعه إلى الحالة الأولى (٢) .

وقد بين الفقهاء الرومانيون كيف يكون الطلب زائداً عن الحق وذلك من أربعة جهات : جهة الموضوع ، وجهة الزمان ، وجهة المكان ، وجهة السبب أي السند

فزيادة الطلب من جهة الموضوع كأن يكون المدعي مستحقاً عشرة ، فيطالب بعشرين ، أو أن يطلب الشيء برمته مع أنه ليس إلا شريكاً مشاعاً في ملكية ، أو يطلب حصة فيه زائدة عما هي له فى الواقع .

أما الزيادة من جهة الزمان ، مثال ذلك من يطلب ماله قبل استحقاقه بزمن فإنه يكون طالباً أزيد من حقه .

وتكون الزيادة من جهة المكان ، كأن يكون الاتفاق قاضياً بأداء الشيء فى جهة معينة ، فيأتى المدعى طالباً أداءه فى جهة أخرى ، ساكتاً عن بيان الجهة المعينة للأداء بحسب أصل الاتفاق.

أما الزيادة من جهة السبب ، فهي قريبة الشيء بالزيادة من جهة المكان ، وذلك كمن كانت عبارة استبعاده : « هل تعدنى بإعطائى العبد استيكوس أو عشرة دنانير ذهباً ؟ » ، فيأتى

---

(١) " قواعد وآثار فقهية رومانية " ترجمة عبد العزيز فهمى ، ص ٥٠٦ ، " مدونة جوستنيان فى الفقه الرومانى " عبد العزيز فهمى ص ٢٨٠ .

(٢) " مدونة جوستنيان فى الفقه الرومانى " ترجمة عبد العزيز فهمى ، ص ٢٨١ .

مطالباً بأحد الشيئين فقط ، أي العبد أو الدنانير العشرة ، بدون إشارة إلى الشيء الثاني ، وبهذا يكون قد زاد في الطلب عن حقه ، لأن الاستيعاد الذي هو سند الدعوى وسببها يجعل المدين هو صاحب الرأي في اختيار أي من الشيئين ، العبد أو الدنانير ، يفضل هو أداءه ، فيجعل المدعي حقه منحصراً فى العبد ، أو في الدنانير ، مقتضاه حرمان خصمة من حقه في الخيار ، ومعنى هذا تحسين حالة نفسه وتسوئ مركز خصمه (١) .

ومن التفريعات الواردة تحت هذه القاعدة :

١- إذا اتفق طرفان على أن المطالبة لن تحصل قبل مضى زمن معلوم كخمس سنوات مثلاً، ففي هذه الحالة لايكون الباب مفتوحاً أمام المدعي للمطالبة بحقه إلا متى انتهى الأجل ، وإذا تثبت المدعي بالسير في الدعوى قبل انتهاء الأجل ، فإنه لا يكسب من دعواه شيئاً ، متى عورضت بوجه الدفع المذكور ، بل إنه في العهد السالف كانت هذه الدعوى لايجوز تجديدها ولو بعد انتهاء الزمن المتفق عليه ، وذلك لأن التهور في الطالب أمام القضاء كان يستنفذ حق الدعوى ، فيسقط أصل الحق المدعى به (٢) .

أن هذه القاعدة الفقهية الرومية « من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه» لها ما يشابهها في قواعد الفقه الإسلامي وهى بنفس الصيغة (٣) كما أنه توجد صيغ أخرى لهذه القاعدة منها ماعبر عنها المالكية « الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد » (٤) ، والشافعية « المعارضة بنقيض المقصود » (٥) ، والحنابلة بقولهم « من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات على وجه محرم وكان مما تدعوا النفوس إليه ألغي ذلك السبب وصار وجوده كالعدم ، ولم يترتب عليه أحكامه »، وقالوا أيضاً « من تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على

---

(١) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " تعريب عبد العزيز فهمى ، (ك ٤ ، ب ٦ ، ف ٣٣ ، ص ٢٨٣).

(٢) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " تعريب عبد العزيز فهمي ، (ك ٤ ، ب ١٣ و ف ١٣ ، ص ٢٣٠).

(٣) " الأشباه والنظائر " السيوطي ، ص ١٥٢ ، " الأشباه والنظائر " ابن نُجيم ، ص ١٥٩ .

(٤) " أيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك " ، ص ٣١٥ .

(٥) " المنشور في القواعد " الزركشي ، ج ٢ ، ص ١٨٣ .

وجه محرم عوقف بحرمانه » (١) .

أن هذه القواعد رغم اختلاف صيغها فهي ذات مضمون واحد وهو أن من يتوسل بالوسائل غير المشروعة تعجلاً منه للحصول على مقصوده المستحق له فإن الشرع عامله بضد مقصوده ، فأوجب حرمانه جزاء فعله واستعجاله .

وتعتبر هذه القاعدة إحدى القواعد التى تمثل جانباً من جوانب السياسة في القمع وسد الذرائع ، وهي مستثناه من القاعدة الكلية الكبرى « الأمور بمقاصدها » ذلك لأن الفاعل هنا يعامل ويعارض بنقيض مقصوده ، حيث يتضح من خلال التفريعات التي تحت هذه القاعدة أن مقصد الفاعل من فعله كان تحايلاً على الشرع من جانب أو استعجالاً لأمر مستحق أو مباح من جانب آخر بفعل محرم ، ولذلك أهمل قصد الفاعل ، وعومل بنقيض ماقصد عقوبة له وزجراً لغيره ، إلى جانب العقوبة المستحقة على الفعل نفسه (٢) .

ومن التفريعات تحت هذه القاعدة :

١- لو طلق رجل امرأته في مرض موته ثم مات وهى في العدة فإنه ترث منه رداً لعمله (٣) .

٢- إذا قتل الموصى له الوصي فهو يحرم من الوصية بالإجماع .

٣- الفار من الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب أو إخراجه عن ملكه ، تجب عليه الزكاة .

٤- الغال من الغنيمة يحرم أسهمه منها على قول .

٥- من تزوج امرأة في عدتها ، حرمت عليه على التأبيد ، في روايه (٤) .

---

(١) انظر " قواعد ابن رجب ص ٣٢٩ ، ٣٣٠ .

(٢) " الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية " محمد صدقى البورنو ، ص ٩٦ .

(٣) « شرح القواعد الفقهية » ، أحمد الزرقاء ، ص ٤٠٢ .

(٤) " الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية " محمد صدقى البورنو ، ص ٩٧ .

٦- حرمان القاتل من الإرث (١) .

هذه بعض التفريعات الواردة تحت هذه القاعدة ، وقد خرج عن هذه القاعدة بعض الصور منها .

١- لو قتلت أم الولد سيدها عتقت قطعاً ، وذلك لئلا تختل قاعدة « أن أم الولد تعتق بالموت ، وكذا لو قتل المدبر سيده .

٢- لو قتل صاحب الدين المؤجل المديون ، حل في الأصح .

٣- لو شربت دواء فحاضت ، لم يجب عليها قضاء الصلاة قطعاً ، وكذا لو نفست به.

٤- لو شرب شيئاً ليمرض قبل الفجر ، فأصبح مريضاً ، جاز له الفطر (٢) .

إن من خلال استعراضي للقاعدة الفقهية فى كلٍ من الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى يتضح وجود تشابه واختلاف بينهما ، وفى المبحث القادم سوف أوضح هذا التشابه والاختلاف .

---

(١) الأشباه والنظائر » السيوطى ، ص ١٥٢ .

(٢) " الأشباه والنظائر " السوطى ، ص ١٥٣ .

قاعدة : « ما التحق بالأصل تبعه »

هذه القاعدة إحدى القواعد التي وضعها فقهاء الرومان معبرين عنها باللاتينية "AccesioCeditprincipale"(١)

ومن التفريعات الواردة تحت هذه القاعدة : ـ

١- نتاج الحيوانات المملوكة لك ، تكون ملكاً لك كأماتها ، وذلك أيضاً بحسب القانون الطبيعي (٢) .

٢- من أقام على أرض يملكها بناء استعمل فيه مهمات وأدوات مملوكة لغيره ، اعتبر مالكاً لهذا البناء ، لأن كل بناء يقام على الأرض يلتحق بها . (٣)

٣- إذا غرس تيتوس في أرضه الخاصة غريسة مملوكة لغيره صارت غريسة له ، وبالعكس إذا غرس غريسة له في أرض مملوكة لما فيوس كانت لمافيوس (٤) .

٤- يعتبر من ثمرات القطيع نتاج حيواناته وألبانها وأشعارها وأصوافها ، فالجديان والحملان والعجول والأمهار تكون فور ولادتها ملكاً للمنتفع (٥) .

٥- إذا صور أحد صوره على لوح مملوك لغيره ، فبعضهم يرى أن الوح يكون هو الملتحق بالصوره ، والبعض يرى أن الصورة تكون هي الملحقة بالوح (٦) .

٦- مايقبضه العبيد أو يكسبونه بطريق الاستيعاد أو بأي سبب من الأسباب ، فذلك كله

---

(١) " قواعد وآثار فقهية رومانية " ترجمة عبد العزيز فهمى ، ص ٢٥ ، " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ترجمة « عبد العزيز فهمى ، ص ٣٦٥ .

(٢) " مدونه جوستنيان في الفقه الروماني " ترجمة عبد العزيز فهى ، ص ٦١ .

(٣) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " مرجع سابق (ك ٢ ب١ ، ف ٢٩) ص ٦٤ .

(٤)" مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " مرجع سابق (ك٢ ، ب١ ، ف ٣) ٦٥ .

(٥) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " مرجع سابق (ك٢ ، ب١ ، ف ٣٧) ص ٦٧ .

(٦) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " مرجع سابق (ك٢، ب ١ ، ف ٣٤) ص ٦٦ .

يكون مملوك لنا حتى لو كان اكتسابهم إياه حاصلاً بغير علم سيده أو ضد رغبة، لأن كون العبد تحت سلطة الغير معناه أنه لايملك لنفسه شيئاً (١) .

إن هذه القاعدة الرومانية « ما التحق بالأصل تبعه » يوجد لها مايقابلها في الفقه الإسلامي وهي قاعدة « التابع تابع » (٢) .

ومعنى هذه القاعدة : أن ماكان تابعاً لغيره في الوجود لاينفرد بالحكم يدخل في الحكم مع متبوعه .

والمراد بالتابع هنا : مالا يوجد مستقلاً بنفسه ، بل وجوده تابع لوجود غيره ، فهذا لاينفك حكمه عن حكم متبوعه (٣) .

والتابع لشيء في الوجود ، قد يكون جزءاً مما يضره التبعيض ، كالجلد من الحيوان ، أو كالجزء وذلك مثل الجنين والفص للخاتم ، أو كان وصفاً فيه ، مثل الشجر والبناء القائمين في الأرض ، أو كان من ضروراته ، مثل الطريق للدار والمفتاح للقفل وكالجفن والحمائل للسيف(٤).

ومن الفروع الواردة تحت هذه القاعدة :

١- القفل يدخل في البيع مع مفتاحه ، وكذلك توابع المبيع المتصله به مثل الأبواب والنوافذ والأحواض في بيع الدور ، والأشجار في بيع الحدائق والبساتين ، والحمل يدخل في الأم تبعاً لها ، فلا يفرد بالبيع ، والطريق - أي حق المرور به - يدخل في بيع الأرض تبعاً ، لا يفرد بالبيع على الأظهر (٥) .

٢- الدود المتولد في الطعام يجوز أكله معه تبعاً لامنفرداً في الأصح .

---

(١) مرجع سابق (ك٢ ، ب٩ ، ف ٣) ص ٩٥ .

(٢) " الأشباه والنظائر " السيوطي ، ص ١٣٠ " الأشباه والنظائر " لابن نجيم ، ص ١٢٠ .

(٣) " الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية " محمد صدقي البورنوا ، ص ٢٧٥ .

(٤) " شرح القواعد الفقهية " الشيخ أحمد الزرقا ، ص ٢٥٣ .

(٥) " الأشباه والنظائر " للسيوطي ، ص ١٣ ، « الأشباه والنظائر»لابن نجيم ، ص ١٢٠ .

٣- كما أن التابع يدخل في البيع يدخل أيضاً في الشهادة والقضاء ، مثال ذلك لو ادعى رجل على آخر وأقام شاهدين شهدا له بالأرض وسكتا عن البناء : دخل البناء تبعاً ، ولكن تسمع دعوى المدعى عليه البناء إذ صار محكوماً عليه بالنباء تبعاً فصح دعواه مقصوداً (١) .

٤- ومن توابع هذه القاعدة ، قول الحنفيه والحنابلة : إن خطاب الله تعالى للرسول ﷺ يعم الأمة ، وحجتهم أن الرسول ﷺ له منصب الاقتداء به في كل شيئ - إلا بدليل صارف على الاختصاص به - وكل من هو كذلك يفهم من أمره شمول أتباعه ، واحتجوا أيضاً بقوله تعالى « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » (٢) فالخطاب للنبى ﷺ والمراد هو وأتباعه ، إذ التابع لاينفك عن المتبوع .

٥- وقد استثنى من هذه القاعدة بعض التفريعات منها : -

١- لو أسقط المرتهن حقه في حبس الرهن ، جاز مع بقاء الدين .

٢- لو أبرأ المدين الكفيل ، صح مع بقاء الدين ، مع أن الرهن والكفيل تابعان للدين (٣)

يتضح من خلال استعراض القاعدة الفقهية في كلٍ من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني وجود تشابه واختلاف بينهما وسوف أبين هذا التشابه والاختلاف في المبحث القادم .

---

(١) " شرح القواعد الفقهية " الشيخ أحمد الزرقا ، ص ٢٥٥ .

(٢) سورة الطلاق ، آيه رقم (١)

(٣) " الأشباه والنظائر " السيوطى ، ص ١٣١ .

" نظام الحسبة "

ذهب بعض المستشرقين إلى أن نظام الحسبة مقتبس من الحضارة البيزنطية ، إذ أن المسلمين حينما فتحوا بلاد الرومان ، وجدوا موظفاً يشرف على السوق ، فاقتبسوا هذا النظام وأخذوه عنهم ، دون أن تكون لهم سابقة في هذا الشـأن أو خطة أو مبدأ ، وممـن قال بهـذا د/ نقولا زيادة ، ويعلل ذلك بأن العرب « لم يكن لهم مايقدمونه بديلاً » (١) .

والمستشرق ن - ج - كولسون Coulson في كتابه « AHistory of Islmic » حيث قال : ومما أخذه الأمويون من الإدارة الرومانية وظيفة « مفتش السوق aggoronomos وهو الموظف الذى أتخذ اسم « عامل السوق » في الاصطلاح العربي ، وقد تحددت ولايته أول الأمر بشؤون الموازيين والمعايير المستخدمة في السوق ، وفي مايحدث فيه من نزاع ، ثم تطورت هذه الوظيفة فيما بعد إلى وظيفه إسلامية خالصة ، هي وظيفة « الحسبة » التي وكل إلى صاحبها أمر الحفاظ على الآداب العامة المرعية والأخلاق الدينية ، وأطلق عليه لذلك إسم « المحتسب »، ولكنه ظل يحتفظ بولايته على التعامل في الأسواق أثراً باقياً من أصله التاريخي الذى تطورت عنه وظيفة » (٢) .

كما أيد هذا الرأي المستشرق الفرنسى م . غورد قروا حيث قال « ... ولايمكننا الشك في أن المحتسب قد ورث تلك الوظيفة الرسمية بصوره غير مباشرة من نده البيزنطي » (٣) .

كما عقد المستشرق جوستاف فون فرنبون في كتابه « مودفال إسلام » إلى مقارنه بين الحسبة في الإسلام وكتاب والي المدينة البيزنطى ، واعتبر هذا الصنيع منه ، أنه يعتقد أن المسلمين اقتبسوا الحسبة من البيزنطيين ، وصبغوها بالصبغة الإسلامية (٤) .

---

(١) " الدولة ونظام الحسبة " ابن تيمية ، ص ٧٧ ، ٤ (دمشق فى عصر المماليك) نقولا زياده ، ص ١٦٩ .

(٢)" فى تاريخ التشريع الإسلامي" ن ، ج كولسون ، ترجمة محمد أحمد سراج ، مراجعة حسن محمود عبد اللطيف الشافعى ، ص ٢٤٠ .

(٣) " النظم الإسلامية " م . غود قروا، ص ١٨٠ .

(٤) " مجلة المسلمون " العدد ٤ تحت عنوان (الحسبة فى الإسلام) د / الحسيني .

وباستعراض نظام الحسبة في الدولة البيزنطية والتى حاول بعض المستشرقين أن يربطوا بينها وبين وظيفة المحتسب وكتب الحسبة عند المسلمين ، وجد أنهم اعتمدوا في ذلك على مالمسوه من أوجه التشابه بين وظيفة المحتسب وكتب الحسبة عند كلٍ من الدولتين الإسلامية والبيزنطية مستندين في ذلك على كتاب والي المدينة * الذى جعلوه أساساً لدراستهم .

ذلك أن الدولة البيزنطية نقلت من العصور القديمة إلى فجر العصور الحديثة أثراً تجارياً متصلاً غير مقطوع ، وهذا الأثر يتمثل فيما هو معروف باسم الأصناف أو النقابات ، ففي كل المدن الرومانية ، الصغيره منها والكبيرة ، كان الصناع وأرباب الحرف نوعين ، نوع يعمل لسد حاجات الأسواق المحلية ، وتوفير أسباب الحياة للناس مثل الخبازين والجزارين والخياطين والحدادين وغيرهم ، والنوع الآخر فيعِدّ صناعة للتصدير .

وتدخلت الحكومة الرومانية لتنظيم العلاقات بين الجمهور وأرباب الحرف ، وسيطرت على الحياة الاقتصادية والاجتماعية في البلاد ، فألزمت الإبن بممارسة مهنة أبيه ، وجعلت أرباب الحرف والصناعات ينتظمون في نقابات خاضعة لسلطة الدولة ، وهي المعروفة باسم « Collegia » وكان والي المدينة « Prefectofcihy » من هيئة كبار الموظفين ويليه في الرتبة والي الإقليم ، وهو مسئول عن الإشراف على الأسواق وتموين السكان بالقمح ومراقبة النقابات .

---

* كتاب والى المدينة وهو المعروف في اليونانية باسم " Eparchikon Biblon " صنفه الامبراطور البيزنطى ليو السادس بين سنتى ٩١١ ، ٩١٢ م ، واستند في تصنيفه على ماكان معروفاً قبله من قوانين وعرف وتقاليد ، غير أن الكتاب في صورته الحالية تضمن نصوصاً ترجع إلى عصر الإمبراطور نقفور فوكاس ، والنص اليونانى لهذا الكتاب عثر عليه D. Nicad سنة ١٨٩٢ م ، مخطوطاً في جنيف فنشره سنة ١٨٩٣ م مع ترجمة لاتينية ومقدمة ، ثم نشره من جديد عن طبعة نيكول Zepos في المجموعة المعروفة باسم Roman – Gus grgelo - ، ثم ترجمة نيقول إلى الفرنسية وأضاف إليه تعليقات ونشره في جنيف سنة ١٨٩٤ م ، كما جرى نشر الكتاب مرتين في ترجمه إنجليزية ، الأولى قام بها الأستاذ A.E. R. Bonk في المجلة المعروفة باسم Tounnal of the Economic Histary and Puriness، والتى منها نقل إلى اللغة العربية بواسطة السيد الباز العرينى .

ولما سقطت الدولة الرومانية الغربية ، ظلت الأنظمة والوظائف قائمة في الدولة البيزنطية ، واتخذت الألقاب التي كان يحملها الموظفون أسماء يونانية ، فأصبح يطلق على والي المدينة لقب Eparch , « وكتاب والي المدينة يتضمن القوانين واللوائح التى تتعلق بالنقابات وأرباب الحرف والصناع في القسطنطينية في القرن العاشر الميلادي ، إذ يتألف من مجموعة المراسم التي تتعلق بالتجارة ، والتي يصح اعتبارها ملحقاً لما أحتوته تشريعات ذلك العصر من أحكام ونصوص (١) .

كما اهتم كتاب والي المدينة اهتماماً كبيراً بالجواهرجين ، والصيارفة وتجار الملابس الحريرية وبائعي العطور والروائح وأرباب الحانات وقليلاً مايتعرض لباعة المواد الغذائية ، وهذه الأشياء تتصل اتصالاً وثيقاً بحياة الأمراء والإقطاعيين ورجال الكنيسة في الغالب ، كما أنه وضع قيوداً على بعض الفئات – العبد ، المستوطن ، الغريب – ويعاملهم معاملة خاصة تختلف عن الأخرين (٢) .

أما الحسبة في النظام الإسلامي فقد عرفها الماوردى بأنها « أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله » (٣) حيث أنها مستمده من روح الشريعة الإسلامية قال تعالى {ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر } (٤) .

وتعتبر الحسبة في الإسلام من أرسخ قواعد الدين ، وإقامة شعائرها من أقوم المسالك إلى التمسك بحبل الله المتين ، وهى ولاية جليلة لايقوم بها إلا القوي الأمين ، وقد كان أئمة الصدر الأول يباشرونها بأنفسهم لعموم صلاحها وجزيل ثوابها (٥) .

حيث كان رسول الله ﷺ يقوم بالاحتساب بنفسه ، كذلك كان يسند القيام بها إلى غيره ،

---

(١) " كتابة نهاية الرتبة في طلب الحسبة " عبد الرحمن بن نصر الشيرازى،ص ١٣٥ .

(٢) " مقال الحسبة في الإسلام " د الحسينى ، مجلة المسلمون عدد ٤ ، ١٣٨٤ هـ

(٣) الأحكام السلطانية والولايات الدينية " لأبى الحسن على بن حسين الماوردى ، ص ٢٤١ .

(٤) سورة آل عمران آية (١٠٤) .

(٥) الأحكام السلطانية والولايات الدينية الماوردى ، ص ٢٤٣ .

فمن ذلك أنه امتنع من دخول حجره عائشة رضى الله عنها لما رأى فيها نمرقة فيها تصاوير ، فقد روى الإمام البخاري عن عائشة رضي الله عنها أنها اشترت نمرقة فيها تصاوير، فقام النبى ﷺ بالباب فلم يدخل ، فقالت : أتوب إلى الله ، ماذا أذنبت ؟ قال :« ماهذه النمرقة » ؟ ، قلت : لتجلس عليها وتوسدها ، قال « إن أصحاب هذه الصور يعذبون يوم القيامة يقال لهم أحيوا ماخلقتم ، وإن الملائكة لاتدخل بيتاً فيها صورة » (١) ، ومن ذلك « أنه صلى الله عليه وسلم مر على صبره طعام ، فادخل يده فيها ، فنالت أصابعة بللاً فقال : ماهذا ياصاحب الطعام ؟ فقال : أصابته السماء يارسول الله قال : أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ؟ من غش فليس منى » (٢) .

وحينما فتح الله عليه مكة ودخل البيت ، جعل يطعن الأصنام بقوسه أثناء طوافه ويقول « قل جاء الحق وما يبدئ الباطل وما يعيد » (٣) ، { وقل جاء الحق وزهق الباطل إن الباطل كان زهوقاً } (٤) والأصنام تتساقط على وجوهها ثم دخل الكعبة فأماط الصور التي كانت في وسطها(٥) .

كما استعمل ﷺ سعيد بن العاص بن أميه على سوق مكة بعد الفتح ، كما استعمل عمر بن الخطاب على سوق المدينة ، وكانت هذه الولاية فى عهده تعرف بالحسبة ومتوليها بالمحتسب وهذا من أكبر الأدلة واصرحها على إمتداد جذور هذه الولاية إلى عصر الرسول ﷺ ، فيكسبها ذلك المشروعية وتحديد الاختصاص .

وبالرجوع إلى كتب السيرة وكتب السنة ، نجد أن الحسبة كانت موجودة فى عهد الخلفاء الراشدين فلقد كانوا يتولونها بأنفسهم ، ويطوفون فى الأسواق والطرقات ، يأمرون بالمعروف

---

(١) " صحيح البخارى " كتاب اللباس ، باب من كره القعود على الصور ، حديث : ٥٩٥٧ ، ج ١٠ ص ٣٨٩ .

(٢) " صحيح مسلم بشرح النووى " كتاب الإيمان ، باب قول النبى ص (من غشنا فليس منا) ج ١ ص ٩٩ .

(٣) سورة سبأ آية (٤٩) .

(٤) سورة الإسراء آية (٨١) .

(٥) " زاد الميعاد في هدي خير العباد " لابن القيم الجوزية ، ج ٢ ، ص ١٦٥

وينهون عن المنكر ، فإذا اشتغلوا عنها بتصريف أمور المسلمين ، وتجهيز الجيوش الغازية في الفتوحات الإسلامية ، اسندوها إلى من يثقون به من المسلمين .

كما أن الحسبة في النظام الإسلامي تُعنى بالعبادات أكبر عناية ، وتجعل حقوق الله في مقدمة ماينبغي أن ينظر فيه المحتسب ، مع إجماع العلماء على أن الضابط فيها الشرع ، بينما كتاب والي المدينة لايتعرض إلى العبادات والأخلاق (١) .

كما تقوم الحسبة على حماية الحاجات العامة ، كالغذاء والكساء وبناء المساجد والأسواق ونظافتها ، ولاتشير البتة إلى حقوق فئة معينة كالولاة والأمراء والحجاب والخلفاء ، لذلك وُضِع نظام الحسبة عند المسلمين لعامة الناس على حد سواء لأنها مستمدة من روح الشريعة ، فالحر والعبد والمستوطن والغريب في المعاملة سواء ، وحتى أهل الذمة يطبق عليهم أحكامها العهد ، وبذلك اشتهر المسلمون بالتسامح ورعاية حقوق من التجأ بهم ودخل في بلادهم (٢) .

---

(١) " نظام الحسبة في الإسلام " عبد العزيز محمد مرشد ، ص ١٧ .

(٢) " نظام الحسبة فى الإسلام " عبد العزيز مرشد ، ص ٢٥ .

المحرمات من النساء في القانون الروماني

ورد في مدونة جوستنيان في تعريف النكاح « إن النكاح الصحيح هو مايعقده الرومانيون الراغبون في الاتحاد وفقاً لأحكام القوانين » (١) .

واشترطوا لصحة ذلك أن يكون الرجال قد بلغوا الحكم والنساء قد بلغن حد إطاقة الرجال (٢) .

وليس للإنسان أن يتروج مطلق أمرأة يريدها ، فإن من النساء من يحرم التزوج بهن ، إذ الزواج محال شرعاً بين الأصول والفروع ، فلا يحل مثلاً ، للأب أن يتزوج ابنته ولا للجد أن يتزوج حفيدته ، ولا للأم أن تتزوج ابنها ولا للجدة أن تتزوج حفيدها ، وهلم جراً،بحيث لو حصل زواج بين مثل هؤلاء الأشخاص اعتبر زناً اجرامياً .

وهذه القاعدة مطلقة لدرجة أن علاقة الأصل والفرع لو كان منشؤها مجرد التبنى ، لما أخل بحرمة الزواج ، بل إن هذه الحرمة تبقى ثابتة حتى بعد انقضاء التبنى وزواله ، فالمرأة التي تجعلها بطريقة التبنى ابنة لك أو حفيدة لايجوز لك أن تتزوجها مهما تحررها من عقدة التبنى (٣) .

كما يحرم على الرجل تزوج ابنة أخيه أو ابنة أخته أو حفيدة أخيه أو أخته ، وإن كان بالنسبة لها في الدرجة الرابعة ، إذ القاعدة أنه لايجوز الزواج بحفيده الرجل أو المرأة اللذين لايحل زواج بنت أيهما ، أما بنت المرأة التي تبناها أبوك فلا شيء يمنعك من تزوجها ، لأنه ليس بينك وبينها أية رابطة طبيعية ولا دينية (٤) .

كذلك يحرم نكاح العمة ولو كانت قرابتها قرابة تبنٍ ، ويحرم نكاح الخالة ، ذلك لأن العمة

---

(١) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ترجمة عبد العزيز فهمى ، (ك ١ ، ب ١ ص ٢٠) .

(٢) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ، مرجع سابق ، ك١ ، ب ١٠ ، ص ٢١ .

(٣) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ، مرجع سابق ، ك١ ، ب ١٠ ، ص ٢١ .

(٤) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " مرجع سابق ك١ ، ب ١٠ ، ص ٢١ .

والخالة معتبرتان في مرتبة الأصول ، ومن هذا القبيل يحرم زواج عمة الأب وخالته وإن علتا . كما أن الأقارب من الحواشي تسري عليهم قاعدة أخرى مشابهة للقاعدة السابقة ولكن أقل منها إطلاقاً ، فالزواج محرم بين الأخ وأخته سواء كانتا شقيقين أو كانا لأب أو لأم ، غير أن المرأة إذا كانت لم تكن أختاً لك إلا بسبب التبنى فزواجك بها محرم مادام التبنى قائماً ، بحيث إذا انحل التبنى بتحريرها حلت لك ، والحال كذلك لو أنك كنت أنت المتبنى ثم تحررت .

كما أن المصاهرة تقضي أيضاً بالامتناع عن الزواج في بعض الأحوال ، فلا يحل لك أن تتزوج ، ربيبتك - بنت زوجتك - ولا حليلة ابنك ، لأن كليتهما تعتبران كابنتك ، ويحرم كذلك نكاح حماتك - أم زوجتك - ، وأن تتزوج زوجة أبيك ، لأن كليتهما كانهما أم بالنسبة لك .

كما أن قرابة الأرقاء هى من موانع النكاح الشرعي أيضاً ، فإذا أعتق الأب ابنته أو الأخ أخته ، فالزواج بينهما محرم (١) .

ويوجد هناك نساء أخريات تقوم موانع مختلفة دون صحة التزوج بهن ، فمن ذلك ماورد في البندكت « لايجوز للوصي ولا للقيم أن يتزوج محجورته مالم يكن والد هذه الصبية قد باشر بنفسه خطبة نكاحها ، أو يكن أبدى في وصية رغبة في زواجها ، وكذلك لايجوز لمن يشغل منصباً حكومياً في أحد الأقاليم أن يتزوج امرأة يكون أصلها من غير هذا الإقليم أو تكون مقيمة فيه ، كما أن شريعة جوليا نصت على تحريم زواج أعضاء مجلس الشيوخ بامرأة معتقة أو بمن كان أبوها ممثل في الكوميديا ، وعلى تحريم زواج المعتق بابنة عضو في الشيوخ » (٢).

كما حرم القانون الروماني التعدد ، فقد ورد في مدونة جوستنيان « لايحل لرجل أن يجمع بين أمرأتين » ، « الرجل لايحل له الجمع بين زوجتين » (٣)

أما المحرمات من النساء في الشريعة الإسلامية نوعان ، نوع يحرم حرمة مؤبدة ، ونوع

---

(١) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " عبد العزيز فهي ، ك ١ ، ب ١٠ ص ٢٢ .

(٢) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " مرجع سابق ، ك١ ، ب ١٠ ، ص ٢٣ .

(٣) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني "مرجع سابق ، ص ٢٣ .

يحرم حرمة مؤقتة ، ذلك أن الأصل في النساء الحل لعقد النكاح ، بمعنى أن المرأة من حيث هي امرأة محل للزواج ، غير أنها قد تحرم بالنسبة لشخص معين لوجود أمر يمنع زواجها منه بينما تحل لغيره ، وهذا الأمر قد يكون لازماً لها لا يفارقها فتكون محرمه عليه تحريماً مؤبداً . كأمه مثلاً . فإن الأمومه وصف لازم إذا ثبت لايزول ، وقد يكون غير لازم يزول في وقت من الأوقات لأنه وصف طارئ فتكون محرمة عليه تحريماً مؤقتاً كزوجة الغير ، فإن زوجيتها تنتهى في وقت مافتحل له (١) .

فالمحرمات على التأبيد ثلاثة أنواع : محرمات بسبب القرابة أو النسب ، ومحرمات بسبب المصاهره ، ومحرمات بسبب الرضاع .

أولاً : المحرمات بسبب القرابة أو النسب وهن أربعة أنواع (٢) .

١- فروع الشخص وإن نزلن : وهى البنت ، وبنت البنت ، وبنت الابن وإن نزل .

٣- فروع الأبوين أو أحدهما وإن بعدت درجتهن : وهن الأخوات الشقيقات أو لأب أو لأم وبناتهن ، وبنات أولاد الأخوات والإخوه وإن نزلن .

٤- فروع الأجداد والجدات المنفصلات بدرجة واحدة : أي الفروع المباشرة فقط وهن العمات والخالات للشخص نفسه أم كن عمات وخالات لأبيه أو أمه،أم لأحد أجداده وجداته .

أما الدرجة الثانية من هذا الصنف ومابعدها فهى حلال له : كبنات الأعمام والعمات وبنات الخال والخالات والدليل على تحريم هذه الأصناف قوله تعالى { حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت } (٣) .

---

(١) انظر " أحكام الأسرة فى الإسلام " محمد مصطفى شلبى ص ١٨١ ، " علاقة الأباء بالابناء في الشريعة الإسلامية " سعاد ابراهيم صالح ، ٢١٧ " أضواء على نظام الأسرة في الإسلام " سعاد إبراهيم صالح ، ص ٩٨ .

(٢) انظر: المغنى " لابن قدامه ج ٦ ص ٦٤٣ - ٦٥٠ ، " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " لابن قدامة ، ج ٢ ، ص ٣١ - ٣٩ .

(٣) " سورة النساء آية رقم ٢٣ .

ثانياً : المحرمات بسبب المصاهرة أربعة أنواع :-

١- أصول الزوجة من النساء كأمها وجدتها من جهة الأم أو الأب في أي درجة سواء دخل بالزوجة أو لم يدخل بها .

٢- فروع الزوجة التي دخل بها من النساء كبناتها وبنات أبنائها وبنات بناتها مهما نزلت مرتبتهن ، فإن لم يدخل بها لاتحرم عليه فروعها .

٣- زوجات أصوله : مثل زوجة أبيه وزوجات أجداده من جهة الأب أو الأم مهما علت مرتبتهن وجد دخول بهن أم لا .

٤- زوجات فروعه : مثل زوجة ابنه ، أو زوجات أبناء ابنه وابناء بنته وجد دخول بهذه الزوجات أم لاً إذا كانت الفروع تفرعن عن صلبه (١).

أما البنوه بالتبنى فلا أثر لها في التحريم ، لأن الإسلام أبطل التبنى الذي كان في الجاهلية ، والدليل على تحريم هذه الأصناف قوله تعالى « ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء ، إلا ماقد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلا } (٢) وقوله تعالى {وأمهات نسائكم } (٣) وقوله تعالى{ وحلائل ابنائكم الذين من أصلابكم } (٤) .

ثالثاً : المحرمات بسبب الرضاع :

وهن أربعة أنواع من جهة النسب ، وأربعة أنواع من جهة المصاهره ، فيصبح المجموع ثمانية ، ودليل التحريم قوله تعالى { وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ، وأخواتكم من الرضاعة } (٥)

---

(١) انظر " المغنى والشرح الكبير " لابن قدامة الحنبلي ، ج ٦ ، ص ٦٦٠ ، " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " لابن رشد ، ج ٢ ، ص ٤٥ .

(٢) سورة النساء آية (٢٢) .

(٣) سورة النساء آيه (٢٣) .

(٤) سورة السناء آية (٢٣) .

(٥) سورة النساء آية (٢٣) .

وقوله ﷺ « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » (١) .

وحتى يكون الزواج بسبب الرضاع محرماً هنالك شروط يمكن مراجعتها في كتب الفقه(٢) .

أما المحرمات من النساء تحريماً مؤقتاً فقد عد منها الفقهاء أصنافاً منها (٣) .

١- من تعلق بها حق للغير كأن تكون متزوجه أو معتدة سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن أو وفاة .

٢- الجمع بين محرمين : كالأختين ، مثل البنت وأمها أو جدتها ، والمرأة وعمتها أو خالتها أو بنت أخيها أو أختها .

٣- المطلقة ثلاثاً (المبتوته أو البائن بينونة كبرى) بالنسبة لمن طلقها : فمن طلق زوجته ثلاث طلقات فلا يحل له أن يعقد عليها مرة أخرة ، إلا إذا تزوجت بزوج آخر ودخل بها ، وانقضت عدتها منه ، بإن طلقها باختياره أو مات عنها ، فتعود إلى الزوج الأول بزوجيه جديده، وله عليها ثلاث طلقات جديده (٤) .

٤- المرأة الى لاتدين بدين سماوى : فلا يحل للمسلم الزواج بالمرأة المشركة ، وهى التى تعبد مع الله إلهاً غيره ، كالأصنام أو الكواكب أو النار أو الحيوان ، ومثلها المرأة الملحده أو المادية : وهى التى تؤمن بالمادة إلهاً ، وتنكر وجود الله ، ولاتعترف بالأديان السماوية ، مثل المرأة الشيوعيه أو الوجودية والبهائية أو القاديانية، أما أهل الكتاب فيجوز التزوج من نسائهن .

---

(١) رواه الجماعة عن عائشة ، وهذا لفظ ابن ماجه ، ولفظ الآخرين (من الولاده) . جامع الأصول ج ١٢ ، ص ١٤٦.

(٢) " المغنى " لابن قدامة ج ٦ ص ٦٨٠ . ، " نيل الأوطار للشوكانى " ج ٦ ، ص ٣٣٠ .

(٣) انظر " بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد المقدسى ج ٢ ص ٤٦ ، " نيل الأوطار " للشوكانى ج ٦ ص ١٥٩.

(٤) انظر" المغنى مع الشرح الكبير " لابن قدامه ج ٧ ، ص ٢٦١ وما بعدها ، " منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار " الشوكانى ج ٦ ص ٢٣٥ .

٥ – المرأة الخامسة المتزوج بأربع سواها (١) لايجوز للرجل في مذهب أهل السنة أن يتزوج بأكثر من أربع زوجات في عصمته في وقت واحد ولو في عدة مطلقه ، فإذا أراد أن يتزوج بخامسة ، فعليه أن يطلق إحدى زوجاته الأربع ، وينتظر حتى تنقضي عدتها ، ثم يتزوج بمن أراد لأن النص القرآنى لايبيح للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع في وقت واحد ، وهو قوله تعالى [وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى ، فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع. فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم ، ذلك أدنى ألا تعولوا] (٢) .

هذه المحرمات فى الشريعة الإسلامية ، وهذا التفصيل الذى وضعه علماء الفقه الإسلامي ليس مبنياً على هوى أو مجرد رأي ولكن كان اعتمادهم في ذلك ماورد في القرآن الكريم وسنة نبيه ﷺ وقد أشار علماء الفقه فى الحكمة من التحريم سواء كان التحريم مؤبداً أو مؤقتاً . أما ماعدى ذلك من النساء فيجوز التزوج بهن لأن المحرمات على وجه العموم محصورات فى عدد معين وماعداهن محللات ولذلك عدّد القرآن المحرمات وما عدى ذلك فيحل للرجل الزواج لقوله تعالى { وأحل لكم ماوراء ذلكم } (٣) وبمقارنة سريعة بين هذه الأحكام تظهر أوجه الاتفاق والاختلاف والفرق بين أحكام النكاح فى الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى وسأبين ذلك فى المبحث القادم إن شاء الله .

---

(١) انظر " منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار " للشوكانى ج ٦ ص ١٣٦ ، " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " لابن قدامة ج ٢ ص ٤٩ .

(٢) سورة النساء آية (٣) .

(٣) سورة النساء آية (٢٤) .

أحكام الدعاوى في الحقوق الرومانية

جاء تعريف الدعوى في القانون الروماني : « الدعوى هو مالكل إنسان من الحق في أن يرفع إلى الحاكم مايزعمه لنفسه من الحقوق صدقاً أو كذباً ، على أن يكون عليه هو مايلزم عن مزاعمه من التبعات والمخاطر » (١) .

ومن هذا التعريف قام فقهاء العهد الكلاسيكي بتصنيف الدعاوى تبعاً للعقد الوارد في الصيغ ، وبتقسيمها إلى عدد من الزمر ، من ذلك ماجاء في مدونة جوستنيان « جميع الدعاوى التى ترفع للقضاه أو المحكمين ، مهما يكن موضوعها ، تنقسم أساساً إلى قسمين : عينية « inrem » «وشخصية » « inpersonan، » ذلك أن المخاصمة إما أن تكون موجهة منا على شخص مسئول أمامنا بمقتضى عقد أو بسبب جريمة ، وفي هذه الحالة فدعوانا شخصية ، نقرر فيها أن خصمنا ملتزم لنا اعطاء شيء أو بعمل شيء، ونطلب فيها الحكم عليه بالاعطاء أو بالعمل – وماشاكل هذا من ضروب التعبير – لأنه ملتزم لنا ، وإما أن تكون مخاصمتنا موجهة على شخص لم يلتزم قبلنا بأي التزام قانوني ولكنا مع هذا . ننازعه حقاً في شيء من الأشياء ، وفي هذه الحالة فدعوانا عينية ، كما إذا ادعى تيتوس ملكية عين معينة على ذي يد يدعى هو أيضاً ملكية لها ، فبادعاء تيتوس أن العين ملكه تكون دعواه عينية » (٢) .

وهذه الدعاوى مستمدة من نصوص الشرائع والقانون المدنى .

كما أن هناك دعاوى أخرى أنشأها الحاكم في حدود سلطة التشريعية ، بعضها عينية والأخرى شخصية ، ولقد كانت الدعاوى العينية الحاكمية هي الأكثر استعمالاً ، وهي التي يصرح بها الحاكم للمدعي بأن يقول : إنه اكتسب الشيءوبحيازته إياه المدة المقررة ، وإن كان لم يكسبه في الواقع ، أو بالعكس ، إن ذا اليد لم يكسب ملكية الشيء بحيازته المدة المقررة ، مع أنه في الواقع يكون كسبها (٣) .

---

(١) " ملاحق مدونه جوستنيان " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٦٧ .

(٢) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٢٦٧ .

(٣) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " مرجع سابق ، ص ٢٦٨ .

ومما يؤيد هذا التقسيم ، ما ورد من قواعد خاصة في الدعاوى ، فمن ذلك « إذا سألت عن أنواع الدعاوى ، فالحق الذى يبدوا لى أن الدعاوى نوعان : عينية وشخصية » (١) .

إن تقسيم الدعاوى إلى عينية وشخصية ، يعتبر من المبادئ الأساسية التى يقوم عليها القانون الروماني ، وقد نشأت هذه الفكرة نتيجة لتصورهم الخاص بنظام الدعاوى ، كما يرجع سبب هذا التقسيم إلى تصور الرومان لفكرة الملكية ، فقد تصوروها باعتبارها حقاً مطلقاً لشخص على شيء وعلاقة مباشرة بين شخص وشيء دون تدخل من جانب أي شخص آخر .

ـ إن تقسيم الدعاوى عند الرومان إلى دعاوى شخصية ودعاوى عينية أدى ـ بطريق غير مباشر – إلى تقسيم الحقوق إلى حقوق شخصية وحقوق عينية نظراً لاختلاط الحق بالدعوى التي تحميه عند الرومان (٢).

فالحق الشخصي عند الرومان عباره عن : رابطة بين شخصين دائن ومدين ، بمقتضاها يستطيع الدائن جبر المدين على اعطاء شيء أو على القيام بعمل أو على الامتناع عن عمل .

أما الحق العيني فهو عباره عن : سلطة يمنحها القانون لشخص معين على عين معينة (٣) .

أما تعريف الدعوى في الشريعة الإسلامية ، فقد عرفها ابن قدامه بأنها : إضافه الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في غيره أو في ذمته (٤) .

كما عرفت بأنها : قول مقبول عند القاضي يقصد به قائله طلب حق معلوم قبل غيره حال

---

(١) " قواعد وآثار فقهية رومانية " ترجمة عبد العزيز فهمي ، قواعد خاصة بالدعاوى ، ص ١٧٣ .

(٢) " تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية " صوفي حسن أبو طالب ، ص ٣٣٢ .

(٣) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ترجمة عبد العزيز فهمى ، (ك ١ ، ب ٧ ، ب ٣ ، ص ٢٤٠)

(٤) " المغنى والشرح الكبير " لابن قدامة الحنبلي ، ج ٩ ، ص ٢٧١ .

المنازعة ، أو دفعه عن حق نفسه (١) .

ومن التعريفات يتبين لنا أن الدعوى تستلزم وجود عناصر هي : -

١- طالب الحق ويسمى المدعي .

٢- المطلوب منه الحق ويسمى المدعى عليه .

٣- الحق الذى يطلبه المدعي من المدعى عليه ويسمى المدعى به .

وتقسم الدعوى من حيث صحتها إلى أربعة أقسام : -

١- الدعوى الصحيحة : وهي الدعوة التي تحققت فيها شروط الصحة ، من أهمها أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه عاقلاً ، فلا تصح دعوى المجنون ولا الدعوى عليه ولا دعوى الصبى الذى لايعقل ولا الدعوى عليه ، وأن يكون الحق المدعى به معلوماً ويدخل في ولاية القضاء وتجري عليه الأحكام ، وأن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بأن لايكون مستحيل عقلاً ولا عادة ، وأن تكون الدعوى ملزمة للمدعى عليه بشيء على فرض ثبوتها ، فإذا لم تكن كذلك لاتسمع الدعوى لعدم صحتها .

٢- الدعوى الفاسدة : وهي الدعوى الصحيحة أصلاً إلا أنها غير مشروعة باعتبار بعض أوصافها الخارجية كما لو كان المدعى به مجهولاً ، وفي هذه الحالة لايردها القاضي ولا يباشر سماعها وإنما يطلب من المدعي بتصحيحها فإن صححها وأزال فسادها قبلها القاضي .

٣- الدعوى الباطلة : وهى الدعوى الغير صحيحة أصلاً ولايترتب عليها حكم ، لأن أصلاحها غير ممكن كما لو ادعى زيد أن فلاناً من سكنة محلته موسر وأنا فقير معسر وأطلب الحكم لي عليه بصدقه .

٤- دعوى الحسبة : وهي تلك الدعوى التى يتقدم بها الشخص إلى القاضي دون أن يطلب بها حقاً خاصاً لنفسه ، وإنما يطلب بها حقاً لله تعالى ، ويكون صاحب الدعوى مدعياً

---

(١) " المعجم الوسيط " ج ١ ص ٤٤٦ .

وشاهداً في آن واحد ، كما لو ادعى شخص بأن فلاناً طلق زوجته ثلاثاً وهو لايزال يعاشرها معاشرة الأزواج ويطلب التفريق بينهما (١) .

إن تقسيم الدعوى السالف الذكر يخالف مايوجد عند الرومان ، وبالتالي فإن الشريعة الإسلامية لم تعرف تقسيم الحقوق إلى عينية وشخصية ، ولكنها عرفت تقسيماً آخر تميزت به هو المقابلة مابين الدين والعين ، ومرد هذا التقسيم هو التعلق أو عدم التعلق بالذمة ، فإن تعلق الحق بذمة المدين سمي ديناً ، وأما إن تعلق بالذات سمي عيناً .

فيكون الحق متعلقاً بذمة المدين إن كان محله مبلغاً من النقود أو جملة من الأشياء المثلية ، كما في عقد القراض حيث يلتزم المقترض برد مبلغ من النقود أو أشياء مثلية يكون قد اقترضها من المقرض ، وكما في عقد البيع حيث يلتزم المشترى بدفع ثمن نقدي أو أشياء مثلية إلى البائع .

وإن كان الحق يرد على عين معينة بالذات سمي عيناً ، ومن أمثلة ذلك بانه قد يرد الحق على عين معينة بقصد تملكها بعوض أو بقصد تمليك منفعتها أو بقصد تسليمها فقط كالتزام البائع بتسليم العين المبيوعة للمشترى والزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر أو بقصد حفظها (٢) .

ويتضح مما سبق أن فقهاء الشريعة الإسلامية كانوا لايميزون بين الحق الشخصي والحق العيني – كما فعل فقهاء الرومان – ولكن أبرزوا مقابله الدين والعين .

وقد اختلف الباحثون في بيان سبب عدم التمييز بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية في الشريعة الإسلامية ، فذهب البعض « بأن عدم التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي راجع إلى الصبغة المادية التى اصطبغ بها الحق الشخصي في الشريعة الإسلامية مما جعله

---

(١) انظر " تبصرة الحكام " ابن فرحون ، ج ١ ، ص ١٢٧ – ١٢٩ – ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية عبد الكريم زيدان ، ص ١١٠ .

(٢) " تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية " صوفي أبو طالب ، ص ٣٣٤ .

يقترب من الحق العيني ، فقد اهتم الفقهاء الشرعيون بموضوع الحق دون طرفيه ، ولما كان مجمل الحق هو الذى يظهر الحق ، لم يلفت نظر الفقهاء تدخل الشخص فيما بين موضوع الحق وصاحبه ، ولما كان الشيءالمعين عندما يكون محلاً للالتزام ، يكون في غالب الأحيان محلاً كذلك لحق عيني ، فإن الحق العيني قد حجب عن نظر الفقهاء الحق الشخصي ، فلم يظهر هذا النوع من الالتزام ظهوراً كافياً ، ولما كان لالتزام بعين ليس في الواقع إلا عبارة عن التزم بتسليم بشيء أو بصنع شيء ، أو بالانتفاع بشيء ، فإن الفقهاء قد وقفوا عند الشيء محل الالتزام ، وأهملوا النظر إلى الشخص الذي يطلب منه العمل الشخصي (١) .

من العرض السابق يتبين وجود تشابه واختلاف في الدعاوى والحقوق من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني وفي المبحث القادم سوف أقوم ببيان ذلك .

---

(١) انظر " مصادر الحق في الفقه الإسلامية " السنهورى ، ص ١٠ – ١٢ .

المبحث الثاني:

" بيان أوجه التشابه في المعنى والاختلاف في النشأة والمصدر في تلك النماذج "

تعرضت في المبحث السابق لبعض القواعد والأحكام الفقهية بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني وذلك لتفنيد مزاعم بعض المستشرقين بأن الشريعة الإسلامية مقتبسة من القانون الروماني لوجود تشابه بينهما .

وعندما يستعرض القارىء لهذه القواعدوالأحكام يتضح له وجود تشابه واختلاف ، وفي هذا المبحث سوف أقوم ببيان أوجه التشابه والاختلاف في تلك القواعد الفقهية والأحكام .

- الإجماع وقاعدة " إجماع الأمة على أمر ، شَرْعٌ طبيعي واجب الاتباع "

تكلمت في المبحث السابق عن الإجماع وقاعدته الفقهية عند الرومان والإجماع في التشريع الإسلامي ، ووجدنا هنالك تشابهاً في المعنى اللغوي لكلمتي إجماع وكونسانسوس كما وجدنا هنالك فرقاً واختلافاً شاسعاً بين الإجماع في التشريع الإسلامي والإجماع عند الرومان ، يتبين من الأتي : -

- إن غاية الإجماع في الحقوق الرومانية هي إرادة حصر السلطات في الإمبراطور ومن يعمل تحت سلطته وتجريد آراء الأخرين من كل سلطة ونفوذ ، بينما الغاية من الإجماع في الإسلام هي إعلان النبي صلى الله عليه وسلم إحترام إرادة الجماعة في جميع شؤونها من حقوقية وغيرها واعطاؤه كل سلطة ونفوذ لما يصدر عنها بالإجماع .

- لم تنشأ فكرة الإجماع في التشريع الإسلامي لجعل صلاحية التشريع امتيازاً لجماعة محددة دون أخرى ، أو ترجيح رأي جماعة فيها شخص معين على جماعة لم يوجد فيها شخص ، أو قصرها على عصر دون غيره ، وإنما نشأت فكرة الإجماع لتكون فكرة مشروعة للفقهاء أصحاب الاختصاص في كل عصر ، لذا نشأت فكرة الإجماع في القانون الروماني لجعل

صلاحية التشريع امتيازاً لجماعة محددة أوترجيح جماعة فيها شخص معين وهو با بنيان(١).

ـ عند عدم إجماع الفقهاء في التشريع الإسلامي على رأي في مسألة ما ، فإن الآراء لا تحصى للعمل بحكم الأكثرية ، وإنما تمحص وتوزن ويحكم بالرأي الراجح ، على عكس القانون الروماني الذي يحصي الآراء عداً ويحكم بالعمل بحكم الأكثرية .

ـ مستند الإجماع في الشريعة الإسلامية الكتاب والسنة ، بينما مستند الإجماع " Consensus " عند الرومان هي إرادة الإمبراطور ومن يعمل تحت سلطته .

ـ يعتبر الإجماع الدليل الثالث من أدلة التشريع الإسلامي المتفق عليها ، بينما الإجماع في القانون الرومي وضعه الإمبراطور حتى لا يحاد القاضي عن الرأي الصادر بالإجماع .

ـ الأسباب التي دعت إلى نشوء الإجماع عند الرومان هو وضع حدٍ لتضارب آراء المفتين أمام الحاكم ، ولا توجد هذه الأسباب في الشريعة الإسلامية .

ـ طرق الحصول على الإجماع حول قضية ما في التشريع الإسلامي لا نظير لها في القانون الرومي ، وهي خاصة بالتشريع الإسلامي كما بينت ذلك في المبحث السابق .

يتضح من مجموعة ما قدمت من المقارنة بين كلمتي الإجماع في التشريع الإسلامي والإجماع في القانون الروماني ، أن لا تشابه بينهما كما ادعى المستشرقون لا في الغاية ، ولا في طرق الحصول ، ولا في المصدر والنشأة ، إنما هناك تقارب لغوي لكلمتي إجماع وكونسانسوس " Consensus " ، وهذا لا يسمح لنا بأن نتصور تشابهاً بينهما في المعنى الاصطلاحي .

---

(١) " الوجيز الحقوق الرومانية وتاريخها » محمد معروف الدواليبي ، ج ٢ ، ص ١ .

الرأي وقاعدة " الإمبراطور هو المصدر الوحيد لوضع القانون وتفسيره في نفس الوقت "

كذلك تعرضت في المبحث السابق للرأي وقاعدته الفقهية في القانون الروماني والرأي في الشريعة الإسلامية ، وقلت إن الرأي أحد مصادر القانون الروماني ، وكان الإمبراطور هو المصدر الوحيد لوضع القانون وتفسيره ، وكان يصدر الإمبراطور أوامره وقرارته التشريعية بما يتفق مع مصلحته ومصلحة إمبراطوريته ، كما منح الإمبراطورلعلماء الفقه أن يدلوا بأرائهم في تكوين القانون الذي يحكم البلاد دون أن يضع لهم شروطاً أو ضوابط في الإدلاء بأرائهم ، بينما يختلف الرأي في الشريعة الإسلامية عما هو عليه في القانون الروماني من حيث النشأة والمصدر.

ـ فنشأة الرأي بالاجتهاد في الشريعة الإسلامية ولجوء الصحابة إليه ثم من بعدهم التابعين والفقهاء عند تعرضهم لحادثة لا يوجد فيها حكم منصوص عليه في الكتاب أو السنة ، ذلك أن الصحابة رضوان الله عليهم لم يكن يفرضون الفروض ويقدرون المسائل ليستنبطوا حكمها ، بل إن الرأي الذي صدر عنهم رأي واقعي قائم على حل المشكلات التي نشأت فعلاً وكانوا يكرهون التحدث فيما لم يقع ، ولا يفتون فيه حتى يقع ، من ذلك ما رواه حارثة بن زيد بن ثابت عن أبيه (أنه كان لا يقول برأيه في شيء يسأل عنه حتى يقول : أنزل أم لا ، فإن لم يكن نزل لم يقل فيه ، وإن يكن وقع تكلم فيه ، قال : وكان إذا سئل عن مسألة فيقول أوقعت ؟ فيقال يا أبا سعيد ما وقعت ولكن نعدها ، فيقول : دعوها فإن كانت وقعت أخبرتكم) (١) .

ـ يعتبر مصدر الرأي في الشريعة الإسلامية الكتاب والسنة والإجماع ، ذلك إن الناس في حياة النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يرجعون إلى النبي ﷺ في كل شأن من شؤونهم الدينية والاجتماعية ، وحين توفي صار المرجع إلى كتاب الله وسنة نبيه المطهرة ، وكانا المصدرين الأساسين في استنباط الأحكام ، وبذلك كان طلب حكم الوقائع المستجدة من القرآن

---

(١) " جامع بيان العلم وفضله " لابن عبدالعزيز ، ج ٢ ، ص ١٧٤ .

الكريم والسنة النبوية ، وإذا لم يوجد حكم للقضية من الكتاب والسنة ففيما قضى به الخلفاء الراشدون فإن لم يكن هناك قضاء منهم ففيما قال به الصحابة ، وإن لم يوجد ذلك كله ، اجتهد بالرأي ونظر إلى أقرب ذلك من كتاب الله وسنة نبيه محمد ﷺ وأقضية الصحابة رضوان الله تعالى عليهم (١) .

بينما مصدر الرأي في القانون الروماني هو الإمبراطور والعلماء الذي يمنحهم الإمبراطور حق الإفتاء والإدلاء بآرائهم ، أي أن مصدره بشري .

ـ كما يعتبر من الفوارق الأساسية بين الرأي في الشريعة الإسلامية والرأي في القانون الروماني وضع علماء الشريعة الإسلامية شروطاً وضوابط للفتيا والاجتهاد بالرأي حتى لا يحايد عنها من أراد أن يفتي برأيه في مسألة إذا عرضت عليه ، بينما لا توجد هناك شروط أو ضوابط في اطلاق الرأي عند الرومان .

يتضح مما سبق الفرق بين الرأي في الشريعة الإسلامية والرأي في القانون الروماني ، وبالتالي فإن اعطاء علماء الفقه الإسلامي الحق بأن يدلوا بآرائهم في بعض الأحكام إنما يرجع ذلك إلى الكتاب والسنة ، فهم يستنبطون آرائهم معتمدين على الكتاب والسنة النبوية المطهرة .

---

(١) « الرأي وأثره في أهل المدينة » أبو بكر إسماعيل ميقا ، ص ١٩٨ .

العرف وقاعدة "عند عدم النص يتبع ما تقضي به الآداب والعرف العام"

تكلمت في المبحث السابق عن العرف وقاعدته الفقهية لدى الرومان والعرف في الشريعة الإسلامية ، وتبين لنا أهمية العرف بالنسبة للقانون الروماني كأحد مصادر القانون لديهم وحتى بعد صدور قانون الألواح الاثنى عشرالذي لم يكن إلا تثبيتاً للعرف وتكريساً لما كان سائداً في التعامل بين سكان روما ، ودور رجال الدين في تكوين العرف وتطويره وتفسيره واحتكاره ووضع الفقهاء لديهم قواعد فقهية تدل على أهمية العرف .

كما تبين لنا أن العرف في الشريعة الإسلامية أحد الأدلة التبعية ، وإن مراعاة الشريعة الإسلامية للعرف إنما كان لسماحتها وسمو رسالتها ، على أنها لم تقبل جميع الأعراف التي كانت موجودة قبل دعوة الناس إلى توحيد الله وعبادته فما كان منها موافق لمقاصد الشريعة أجازته مثل الشركه وما كان منها مشوباً أصلحته مثل السلم ، وما لا يتفق مع / مبادئها ترفضه ولا تقيم له وزناً .

على أن علماء الأصول يقصدون بحجية العرف ، أن نصوص الشارع وعبارات المتعاملين تفسر وفقاً للعرف الجاري بينهم دون الوقوف على معاني تلك الألفاظ في أصل وضع اللغة ، ولا يقصدون من حجية العرف كونه مصدراً من مصادر التشريع وأدلة الفقه ، كما أنهم لايقصدون بأن العرف ينشأ الأحكام ، كالكتاب أو السنة النبوية أو الإجماع (١) .

وعلى هذا يحمل كلام بعض كتاب الأصول بعدم عدّ العرف من بين مصادر التشريع وأدلة الفقه ، على أن علماء المذاهب الفقهية متفقون على اعتبارالعرف في الجملة دون تفصيل ، إذ يوجد بينهما شيء من التفاوت في بعض المسائل .

كما يوجد فرق بين العرف في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني من ذلك :-

- إن العرف في الشريعة الإسلامية ينقسم إلى صحيح وفاسد ، فالعرف الصحيح هو ما تعارف عليه الناس كلهم أو بعضهم ولم يدل دليل من الشارع على فساده وبطلانه ، أما العرف

---

(١) « الاجتهاد فيما لانص فيه » الطيب السيد الخضري ، ج٢ ، ص ١٩٢ .

الفاسد : هو ما تعارف عليه الناس وكان مخالفاً للشرع . بينما القانون الروماني لم يقسم الأعراف لديه إلى صحيح وفاسد ، بل إن قواعدهم تدل على أهمية اتباع الأعراف سواء كانت صحيحة أو فاسدة .

ـ يعتبر توسع علماء الفقه الإسلامي فيما كتبوه حول القواعد الفقهية الراجعة إلى العرف ، ليس فيها ما يشير ـ عند التحقيق ـ إلى كون العرف دليلاً ندياً للأدلة الشرعية ، بل إ ن من هذه القواعد ما يشير إلى خلاف ذلك ، ومنها ما هو بيان وضبط لمفهوم العرف ، ومنها ما قصد به تاكيد شروط العرف حتى لا يكون عن هوى ورأي (١) .

بينما يعتبر وضع الفقهاء الرومان قواعد فقهية ترجع إلى العرف لأسباب منها بيان أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون دون أن تبين شروط أو ضوابط العرف المقبول لديهم .

ـ إن مراعاة الشريعة الإسلامية للأعراف ، إنما كان ذلك لبيان سماحة الشريعة الإسلامية وأخذها بما تعارف عليه البشر دون أن يكون مخالف لمبادئها ، بينمانرى أن العرف في القانون الروماني تطور ولعب رجال الدين دوراً في تطويره وتفسيره .

مما سبق نرى أن التشابه بين العرف في كلٍ من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني تشابه لفظي في المعنى دون أن يكون هنالك تشابه اصطلاحي أو تشابه في النشأة و المصدر بينهما .

---

(١) « المستشرقون ومصادر التشريع الإسلامي » عجيل جاسم النشمي ، ص ١٦٥ .

البينات في القانون الروماني وقاعدة « البينة على من ادعى »

كما تعرضت في المبحث السابق عن البينات في القانون الروماني وقاعدته الفقهية " البينة على من ادعى " ، والبينات في الشريعة الإسلامية .

ومن الطبيعي أن الحاكم أوالقاضي لا يقضي أو يبث في قضية ما حتى يتبين له الحق في القضية سواء كان ذلك للمدعي أو المدعى عليه ، لذا كانت بينات الدعوى من شهود أويمين أو اعتراف أو حجج خطية أو أمارات أو قرائن توجد في كلٍ من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، يمكن الأخذ بها كبينات يسترشد بها القاضي ليعطي حكمه في القضية .

على أنه توجد بينات أخرى في الشريعة مثل العلم الشخصي للقاضي ، والقسامة والقيافة . . . إلخ لا توجد في القانون الروماني كما أن بينة الاستفهامات في مجلس القضاء توجد عند الرومان ولا توجد في الإسلام .

وعندما يستعرض القارىء لهذه البينات بالتفصيل في كلٍ من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني يتضح وجود اختلافات فمن هذه الاختلافات

ـ اشترطت الشريعة الإسلامية للأخذ بشهادة الشهود شروطاً وضوابط منها أن يكون الشاهد عاقلاً بالغاً عالماً بما يشهد مسلماً عدلاً سليماً من بعض العاهات ، بينمالا نرى هذه الشروط في القانون الروماني ، بل إنها اشترطت شروطاً تعتبر واهية من ذلك تفريقها في الأخذ بالشهادة بين طبقات المجتمع ، فتأخذ من الطبقة الرفيعة المستوى وترد من الطبقة السفلى .

ـ إن بعض الشروط التي يجب توفرها في شهادة الشاهد مصدرها كتاب الله وسنة نبيه محمد ﷺ ، بينمامصدر شروط الشهادة في القانون الروماني الإمبراطور ورأيه.

ـ إن الشريعة الإسلامية تأخذ بشهادة الشخص الواحد مع يمين المدعي ، بينما شهادة الشخص الواحد في القانون الروماني باطلة .

ـ إن بينة الاعتراف واليمين في القانون الروماني لا ينهي الدعوى بل إنها مجرد أدلة يستدل بها القاضي ويعتمد عليها في حكمه وتستمر الدعوى . بينما يعتبر الاعتراف واليمين في الشريعة الإسلامية من أقوى الأدلة على ثبوت الحق وبه تنتهي الدعوى وبالتالي يحكم القاضي

ببينة الإعتراف واليمين ، لذا وضعت شروط لقبول بينة الاعتراف واليمين .

- إن بينة الحجج الخطية في القانون الروماني تختلف في صحتها من حيث الأخذ بها . وهذا الإختلاف لا يوجد في الشريعة الإسلامية ، بل يأخذ بالكتابة بمجرد شهود شاهدين عدل على تلك الكتابة .

- إن التشابه في قاعدة " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " في كلٍ من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني من حيث الصياغة لا يثبت أخذ الشريعة الإسلامية لها من القانون الروماني ، فقد تكون قاعدة شائعة استحسنها الرسول صلى الله عليه وسلم فاستعملها ، كما يحتمل أن يكون أصلها في الأديان السابقة ثم وصلت إلى الرومان ، فتشابهت بما عند المسلمين ، ولاسيما أنها قاعدة قائمة على العدل ، ومؤيدة بالعقل السليم ، فلا غرابة أن تشيع وتتشابه بين الأمم .

قاعدة " لا تكليف بمستحيل "

كما تعرضت في المبحث السابق للقاعدة الفقهية " لا تكليف بمستحيل " مع ما يقابلها عند علماء الأصول في الشريعة الإسلامية " التكليف بالمحال "

ويعتبر التشابه بين القاعدتين هو تقارب لفظي ، ذلك أن التشابه بين أي تشريعين أو قانونين لا يخرج عن واحد من ثلاث ، فإما أن يكون تشابهاً في الأفكار ، أو قد يكون تشابهاً في لغة التعبير ، أوقد يكون في بعض الاصطلاحات الحقوقية ، ويعد أقوى أنواع التشابه هو تشابه في الاصطلاحات الحقوقية ذلك لأن ما بين البشر من وحدة أساسية في التفكير يكون تابعاً للحاجة ولظروف الحياة المتشابهة من الأمم .

وهو عامل كبير للوحدة بينهم في كثير من أفكارهم ، وللتقارب في التعبير عن كثير منها من غير حاجة إلى نقل أحدهم عن الآخر ، لذا كان التشابه ما بين التشريعين في الأفكار أو في لغة التعبير لا يعد به ، بينما يعتبر التشابه ما بين التشريعين في الحقوق الاصطلاحية يدل على استقاء أحدهما من الآخر (١) .

ـ إن تعبير فقهاء الرومان عن قاعدتهم " لا تكليف بمستحيل " يشابه تعبير علماء الأصول في الشريعة الإسلامية " التكليف بالمحال "فإن هذه القاعدة من القواعد العقلية المسلم بها ، فلا غرابة في تشابهها بين فقهاء الرومان وعلماء الأصول في الشريعة الإسلامية ، على أنه توجد اختلافات ما بين هذه القاعدتين من ذلك :

ـ قسم الرومان الاستحالة إلى استحالة مطلقة واستحالة قانونية واستحالة جزئية واستحالة كلية وهذا غير موجود في الشريعة الإسلامية .

ـ يعتبر منشأ القاعدة الفقهية عند الرومان هي رغبة الإمبراطور في تخفيف بعض الالتزامات التي كان يتعهدها المواطن الروماني .

ـ يعتبر مصدر القاعدة عند الرومان هم فقهاء الرومان الذين كان لهم الحق في التشريع ،

---

(١) الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها ، محمد معروف الدواليبي ، ج٢ ، ص ١٧١ .

فإذا رأو نقصاً في القانون أكملوه أو مادة غير ملائمة حذفوها ونسخوها بغيرها ، بينما مصدر القاعدة عند علماء الأصول هو الكتاب والسنة (١) .

ومصادر القواعد الفقهية عامة في الفقه الإسلامي إما أن تكون نصاً من كتاب الله ، إو من كلام رسول الله ﷺ ، أو من كلام الصحابة رضوان الله عليهم ، أو التابعين ، أوالأئمة المجتهدين .

وبعد هذه المقارنة بين القاعدتين يتأكد لنا أن هذه القاعدة ليست مقتبسة من القانون الروماني وإن كان هناك تشابه فإن هذه القاعدة من القواعد العقلية ولا غرابة في تشابهها إذ تتفق العقول عادة على مثل هذه المسلمات والقواعد .

---

(١) « المدخل للشريعة الإسلامية » أحمد محمود الشافعي ، ص ١٨٠ .

قاعدة " من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه "

كذلك تعرضت في المبحث السابقلقاعدة " من استعجل الشيء قبل أوٌنه عوقب بحرمانه" في كلٍ من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني .

ويعزا سبب التشابه بين القاعدتين إلى لغة التعبير ، والذي بسببه اتخذه المستشرقين دليلاً من أدلة اقتباس الشريعة الإسلامية من القانون الروماني

إن فقهاء الشريعة الإسلامية عبروا عن هذه القاعدة بعدة صيغ ، لذا يبعد أن تكون مقتبسة من لدن فقهاء الرومان ، ومما يؤكد ذلك :ـ

ـ إن التفريعات الموجودة تحت القاعدة الرومية تخالف ماهو موجود تحت القاعدة الفقهية الإسلامية .

منشأ هذه القاعدة عند الرومان نتيجة للدعاوى التي يرفعها أصحاب الدعوى ضد المدعى عليهم ويكون فيها صاحب الدعوى طالباً أكثر من حقه . بينما يعتبر منشأ القاعدة في الشريعة الإسلامية تمثل جانباً من جوانب السياسة في القمع وسد الذرائع .

ـ مصدر قاعدة " من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه " في الشريعة الإسلامية السنة ، لأن هذه القاعدة مستثناة من القاعدة الكبرى " الأمور بمقاصدها " (١) ، والتي يرجع أصلها إلى الحديث النبوي الذي رواه عمر بن الخطاب والمتفق عليه " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه " (٢) .

بينما يعتبر مصدر القاعدة عند الرومان هو رأي فقهاء الرومان في الدعاوى .

ـ كما يتبين من التفريعات الموجودة تحت القاعدة الرومية ظلم وقسوة القانون الروماني .

من هذه الفروق يتبين إن التشابه بين هاتين القاعدتين هو تشابه في لغة التعبير ، بينمايوجد اختلافات في منشأ ومصدر التطبيق بين القاعدتين

---

(١) « الأشباه والنظائر » للسيوطي ، ص ٩ ، « الأشباه والنظائر » لابن نجم ، ص ٢٧ .

(٢) « فتح الباري شرح صحيح البخاري » كتاب بدء الوحي ، باب كيف بدء الوحي إلى رسول الله ص ، ج١ ، حديث رقم ١ ، ص ٩ .

قاعدة " ما التحق بالأصل تبعه "

وكذلك تعرضت في المبحث السابق للقاعدة الرومية " ما التحق بالأصل تبعه " وما يقابلها في الفقه الإسلامي وهي قاعدة " التابع تابع " .

ويمكن أن نستنتج أن التشابه الموجود بين القاعدتين يرجع سببه إلى لغة التعبير ، ومن الطبيعي أن لا يوجد مستقلاً بنفسه ، بل إن وجوده تابع لوجود غيره يكون حكمه لا ينفك عن حكم متبوعه . على أنه توجد اختلافات فيما بينهما من ذلك :

ـ إن جميع التفريعات المذكورة تحت القاعدة الفقهية الرومية تخالف التفريعات الموجودة تحت القاعدة الفقهية الإسلامية .

ـ يتبين من التفريعات الموجودة تحت القاعدة الفقهية الرومية ظلم وقسوة القانون الروماني ، وهذه النقطة واضحة في من أقام على بناء يملك أرضه مهمات وأدوات مملوكة لغيره ، اعتبر مالكاً لهذا البناء ، بينما يتبين من التفريعات الموجودة تحت القاعدة الفقهية في الشريعة الإسلامية سماحة الشريعة الإسلامية .

ـ لعل مصدر القاعدة عند الطرفين عقلي ولاحجة في التشابه في الأحكام العقلية .

من كل ما تقدم يمكننا أن نحكم أن هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية ليست مقتبسة من القانون الروماني لما يوجد من اختلافات بينهما .

نظام الحسبه

ومن بين الأحكام التي تم عرضـها في المبحث السابق أحكام نظام الحسبـة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني .

وتبين أن نظام الحسبة في القانون الروماني- البيزنطي - عباره عن قرارات من الحكومة الرومانية يقصد منها تنظيم العلاقات بين الجمهور وأرباب الحرف الهدف من ذلك السيطره على الحياة الاقتصاديه والاجتماعية في البلاد . كما اهتم نظام الحسبه في القانون الروماني باشياء تهم طبقه حياة الأفراد والاقطاعين ورجال الكنيسه . ووضع قيود على بعض الفئات الآخرى « العبد - المستوطن - والغريب » بينما نظام الحسبه الإسلامي مستمد من روح الشريعة الاسلامية ولا يقوم بهذه المهمه إلا القوي المتين ، لذلك كان أئمه الصدر الأول يباشرونها بأنفسهم لعموم صلاحها وجزيل ثوابها فإذا انشغلوا عنها بتصريف أمور المسلمين وتجهيز الجيوش الغازية اسندوها إلى من يثقون به من المسلمين ، كما ان نظام الحسبة في الاسلام كانت في الاصل وظيفه دينيه عامة يقوم بها جميع المسلمين على حسب قدراتهم علي سبيل الواجب الكفائي ثم تطورت واصبحت نوعين وظيفه دينيه ، ووظيفه رسميه ويسمي المحتسب في النوع الأول متطوعا ويسمي في النوع الثاني محتسبا مولى .

يتضح من العرض السابق وجود اختلاف كلي بين نظام الحسبة في كلٍ من الشريعة الاسلامية والقانون الروماني فمن ذلك :

- ترجع نشأة نظام الحسبة في القانون الروماني إلى إرادة ورغبة الحكومة الرومانية لتنظيم العلاقات بين الجمهور وأرباب الحرف قاصدة من ذلك السيطره على الحياة الاقتصادية والاجتماعية في البلاد ، بينما نشأ نظام الحسبة في الشريعه الإسلامية من روح الشريعه الإسلاميه قاصدة من ذلك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

- مصدر نظام الحسبة في الشريعة الاسلامية هو الكتاب والسنة ، بينما مصدر نظام الحسبة في القانون الروماني هي قرارات الحكومة الرومانية ، وبالتالي فيكون مصدر الحسبه

في الشريعة الاسلامية ربانياً بينما في القانون الروماني بشرياً .

- اهتمام نظام الحسبة الإسلامي بالأشياء والحاجات العامة التي تهم جميع الأفراد فلا تفرق بين الولاة والأمراء والخلفاء ، أان هذا المبدء وهو عدم التفرقة مستمد من نصوص الكتاب والسنة ، وجعل الاختلاف بين الناس في التقوى { إن اكرمكم عند الله اتقاكم } (١) بينما نرى ان نظام الحسبه الروماني يهتم بالأشياء التي تهم طبقه معينة وهي الخاصة بالاقطاعين والامراء ورجال الكنيسه .

- اهتمام نظام الحسبة في الاسلام بالعبادات وتجعل حقوق الله في مقدمة ما ينبغي ان ينظر فيه المحتسب بينما نظام الحسبه عند الرومان لا يتعرض إلى الأخلاق والعبادات .

من كل ما تقدم يتبين جليا وبالشكل القاطع عدم اقتباس نظام الحسبة في النظام البيزنطي ، إذا أنه لو كان مستمداً من النظام الروماني لتبين وجود تشابها فيما بينهما في المنشا والمصدر والتطبيق ، وهذا لايوجد بينها ، لذا يمكننا القول بأن نظام الحسبه نظام إسلامي اصيل مستمد جنوره من كتاب الله وسنه نبيه محمد ﷺ . وان التشابه في بعض جوانبه بنظام الحسبة عند البيزنطيين نظراً لتشابه المصالح المراعاة بين البشرمن بعض الوجوه.

- المحرمات من النساء في القانون الروماني :

كذلك تعرضت في المبحث السابق للمحرمات من النساء في كلٍ من الشريعة الاسلامية والقانون الروماني ، وبمقارنه بين هذه الأحكام يظهر أن كلاً من الشريعة الاسلامية والقانون الروماني يحرمان على الشخص أن ينكح فروعه أو أصول أو نساء أصهاره .

بينما اختلفت الشريعه الإسلامية عن القانون الروماني في الأتـي :-

- قسمت الشريعة الإسلامية المحرمات من النساء إلى نوعين نوع يحرم نكاحه علي التأبيد وهم محرمات بسبب المصاهره وبسبب القرابه - النسب - وبسبب الرضاع والنوع الثاني

---

(١) سورة الحجرات آية ١٣ .

محرمات تحريماً مؤقتاً بينما هذا التقسيم لم يتعرض إليه القانون الروماني .

-- من موانع النكاح في القانون الروماني أن ينكح الشخص امرأة ه بسبب التبني أو بسبب الرق ، كما لا يجوز للوصي أو القيّم أن ينكح الموصى بها عليها ، ولمن يشغل منصباً حكومياً أن يتزوج بامرأه كان أصلها من غير اقليميه ، اوأن يكون عضواً في مجلس الشيوخ أن يتزوج بامرأة معتقه أو أبوها ممثل في الكوميديا بينما هذه الموانع لا توجد في أحكام النكاح في الشريعة الإسلامية .

فقد تزوج رسول الله ﷺ زينب بنت جحش رضي الله عنها ، لما طلقها زيد بن حارثه رضي الله عنه ، وهو من تبناه رسول الله ﷺ في الجاهلية وصدر الإسلام (١).

كما يجوز للرجل أن يتزوج أمة وذلك بشروط ، بل إن الشريعة الإسلاميه حددت أسباب وموانع النكاح .

فمن الأسباب الداعيه إلى نكاح المرأه مارواه أبو هريره رضي الله عنه قال " تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك " (٢)

فهذا الحديث إخبار أن الذي يدعوا الرجل إلى التزوج بالمرأة إحدى هذه الخصال الأربع المال أو الجمال أو الحسب أو الدين ، وأراد ﷺ إذا وجدت ذات الدين فلا يعدل عنها ،وقد ورد نهي عن نكاح المرأة لغير دينها، فأخرج ابن ماجة والبزار والبيهقي من حديث عبدالله بن عمروا مرفوعاً " لا تنكحوا النساء لحسنهن فلعله يردهن ، ولا لمالهن فلعله يطغيهن، وانكحوهن للدين ولأمة سوداء خرقاء ذات دين أفضل " (٣) .

- إن الشريعة الإسلامية حرمت النكاح على التأبيد من النساء بسبب الرضاع ، بينما لم يذكر القانون الروماني ذلك ولم يتطرق إليه ألبتة .

---

(١) « جامع البيان في تفسير القرآن » ابن جرير الطبري ، مجلد ١٠ ، ج ٢٢ ، ص ١١ .

(٢) « فتح الباري شرح صحيح البخاري » كتاب النكاح ، باب الكفاءة في الدين ، "مسلم" في الرضاع ، باب استحباب نكاح ذات الدين ، جامع الأصول ج ١١ ص ٤٢٩ .

(٣) « سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام » للصنعاني ، ج٣ ، ص ١٧٨ .

ـ أباحت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات ، فيحل للرجل أن يتزوج أربع نساء وهذا مأخوذ من قوله تعالى { فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع . فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم } (١) بينما حرم القانون الروماني تعدد الزوجات .

ـ إن أحكام النكاح في الشريعة الإسلامية مصدرها الكتاب والسنة ، بينما أحكام النكاح في القانون الروماني مصدره العرف والعادة .

مما سبق تبين اختلاف أحكام المحرمات في كلٍ من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني وبالتالي يكون أحكام الشريعة الإسلامية مستمدة من الكتاب والسنة وليس من القانون الروماني .

أحكام الدعاوى في الحقوق الرومانية .

كذلك تعرضت في المبحث السابق أقسام الدعاوى والحقوق في كلٍ من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ويتضح بتفصيل أنواع الدعاوى والحقوق في كلٍ من التشريع الإسلامي والقانون الروماني وجود تشابه واختلاف .

فإن الإنسان مدني بالطبع ، لا يملك أن يعيش وحيداً بمفرده ، مستغنياً عن الناس ، فهو بحاجة إليهم وهم بحاجة إليه ، فكان لا بد أن يعيش معهم في مجتمع واحد ، وأن يتعامل معهم بالبيع والشراء والأخذ والعطاء وغير ذلك من أنواع المعاملات ، ومن جراء هذا التعامل يحدث احتكاك بين الناس ، ويختلفون في تقدير مصالحهم ، وفي أساليب المحافظة على حقوقهم ، فيدب التنازع والتخاصم بينهم ، وقد يكون من بينهم القوي الشرير ، والضعيف المسالم الذي لا يستطيع تحصيل حقوقه ، ومن هنا كان لا بد من ردع الظالم عن ظلمه ، والانتصاف للضعيف من القوي ، وتوضيح وجه الحق عند لبسه ، وهذا لا يتحقق إلا بوجود قاضي يحكم بن الناس في خصوماتهم ومنازعاتهم . لذا شرع للمظلوم أن يرفع دعواه إلى من ينصفه .

---

(١) سورة النساء آية ٣ .

لذا يعتبر التشابه بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، بل بين جميع الشرائع السماوية والقوانين الوضعية أن يحق ويشرع للمظلوم أن يرفع دعواه لكي يطالب بحقه .

على أنه توجد اختلافات بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني في الدعاوى والحقوق فمن ذلك :

ـ قسم الرومان الدعاوى إلى نوعين : دعاوى عينية ، ودعاوى شخصية ، بينما تقسم الدعاوى في الشرع الإسلامي من حيث طبيعتها إلى قسمين دينية وعينية .

ـ يوجد شروط لصحة سماع الدعاوى في الشرع الإسلامي وذلك حتى يتم فصل المنازعة فيها ، بينما لا نرى أي شرط لسماع الدعاوى في القانون الروماني .

ـ يعتبر من الاختلافات الجوهرية بين التشريع الإسلامي والقانون الروماني في الدعاوى هي دعوى الحسبة ، وهي الدعوى التي يتقدم بها صاحبها طالباً حقاً لله ، ويكون المدعي مدعياً وشاهد في آن واحد ، وهذا ما لا يعرفه الرومان .

ـ يعتبر وضع فقهاء الرومان لقاعدة " إذا سألت عن أنواع الدعاوى ، فالحق الذي يبدوا لي أن الدعاوى نوعان : عينية وشخصية " يأتي تزامناً مع التطورات التي حدثت في النظام القضائي الجديد، بينما يعتبر نظام القضاء في الإسلام قد وضع أسسه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلقد كان الرسول إمام القضاة وسيدهم ، حكم فعدل، وولى أصحابة في حياته القضاء على أقاليم الدولة الإسلامية ، فبعث معاذ ابن جبل رضي الله عنه إلى اليمن ليدعوا الناس ويحكم بين أهلها بكتاب الله وسنة نبيه ، فإن لم يجد اجتهد برأيه ، فساروا على هديه ، وملؤوا الأرض عدلاً ونوراً وهداية ، ثم جاء من بعدهم التابعون فاقتفوا أثر الصحابة ووزنوا بالقسطاس المستقيم ، ثم توالى بعد ذلك القضاة المسلمون ينشرون العدل بين الناس (١) .

ـ إن تقسيم الحقوق عند الرومان إلى حقوق عينية وحقوق شخصية لا يوجد في الإسلام ، لذا كان تقسيم الحقوق في الشرع الإسلامي بناء على التعلق أوعدم التعلق بالذمة ، فإن تعلق

---

(١) « القضاء في الإسلام » محمد عبد القادر أبو فارس ، ص ٦ .

الحق بذمة المدين سمي ديناً ، وإن تعلق بالذات سمي عيناً ، ويرجع سبب هذا الاختلاف في تقسيم الحقوق في الإسلام والرومان إلى اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بموضوع الحق دون طرفيه (١) .

وبعد تعرضي لجملة من القواعد والأحكام الفقهية بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني التي ادعى بعض المستشرقين أنها متشابهة . أصل إلى نتيجة وهي أنه لا يوجد تشابه اصطلاحي حقيقي بينهما، وأن التشابه الذي يرد بينهما يرجع إلى تقارب في الصياغة أو في لغة التعبير . كما يتبين من خلال البحث وجود اختلاف في النشأة والمصدر في تلك النماذج .

---

(١) « مصادر الحق في الفقه الإسلامي » السنهوري ، ص ١٢ .

الفصل الثالث

القواعد والأحكام المختلفة

المبحث الأول : نماذج منها مع توضيح معناها وبيان نشأتها ومصدرها

المبحث الثاني : بيان أوجه الاختلاف في المعنى والنشأة والمصدر فيها .

المبحث الأول:

نماذج من القواعد والأحكام المختلفة وبيان نشأتها ومصدرها (١)

في هذا المبحث سوف أتناول بعض القواعد والأحكام الفقهية في القانون الروماني والتي تخالف القواعد والأحكام في الشريعة الإسلامية .

وسوف اتعرض في كل قاعدة أو حكم أتناوله توضيح معناه وبيان نشأته ومصدر تلك القاعدة أو ذلك الحكم .

وبعد تعرضي للقاعدة أو الحكم عند الرومان أعقب عليه بما يوجد في الشريعة الإسلامية ، وذلك لبيان أوجه الاختلاف في المعنى والنشأة والمصدر ، على أن بعض القواعد والأحكام التي قمت ببحثها قد تكون مشتركه في بعض الوجوه بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ولكن لما تبين لي أن في هذه القواعد والأحكام خلافاً جوهرياً مع الشريعة الإسلامية في المعنى والمصدر أثرت أن أضعها ضمن القواعد والأحكام المخالفة للشريعة الإسلامية .

وفي هذا المبحث قمت بالتعرض للقواعد والأحكام الأتية :

- قاعدة « الموت يعفى من جميع التبعات » .
- الطلاق وقاعدة « التفريق بين الزوجين هو الحيلولة بينهما في الفراش والمائدة »
- الولاية على النساء وقاعدة « رأي القدامي جعل النساء تحت الوصاية ولو بلغن سن الأهلية لطياشه عقولهن » .
- العتق وقاعدة « سنة الطبيعة أن جميع الناس يولدون في الأصل أحراراً »

---

(١) سيلحظ القارئ نوعاً من الإسهاب في هذا المبحث نظراً لكونه مبحثاً تأصيلياً يعرض معنى القاعدة والحكم ونشأة كل منها ومصدرهما في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني لنصل بعده في المبحث الثاني إلى تحديد نقاط الاختلاف ، ولأن أي اختصار في هذا المبحث سينعكس على المبحث الثاني .

- طرق اكتساب الملكية وقاعدة « ملكية الشيء تحصل لنا بالبيع أو المعاطاة أو بالتنازل أو بقضاء القاضي أو بحكم القانون »
- نظام التبني
- نظام السلطة الأبوية .
- نظام الإرث .
- جزاء السرقة .
- نظام الموت المدني .

قاعدة « الموت يعفى من جميع التبعات »(١)

تعتبر هذه القاعدة إحدى القواعد الفقهية التي وضعها فقهاء الرومان في تنظيم وتطور نظام الإرث والأسس التي يجب اتباعها في توزيع التركه ، وقد عبروا عنها بعدة ألفاظ من ذلك « الموت يسقط كل تبعة » (٢) « الموت يقطع كل عمل » (٣) « من مات انقطع جميع عمله » (٤)

ذلك أن المبدأ المقرر في القانون الروماني في التركة هو اختلاط ذمه المورث بذمة الورثة ، فلذلك تنتقل حقوق والتزامات المورث إلى الورثة ، فيلتزم الورثة بدفع ديون المورث – في حالة قبولهم للتركة – ولو من مالهم الخاص بالغة مابلغت .

وعللوا ذلك في مدونة جوستنيان بقولهم « بأن شخصية الوارث تعتبر امتداداً لشخصية المورث ، وبناء عليه يخلفه في كل حقوقه والتزاماته » (٥) .

إن هذه القاعدة الفقهية الرومانية لاتوجد في الشريعة الإسلامية بل هي تخالف القواعد المتبعة في توزيع التركه ، فالشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ انفصال ذمة الوارث عن ذمة المورث ، وذلك لقوله تعالى { ولا تزر وازرة وزر أخرى } (٦) .

---

(١) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ص ٣٦٨ ، " قواعد وآثار فقهية رومانية " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٦٠/١ .

(٢) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ص ٣٦٨ ، " قواعد وآثار فقهية رومانية " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٦١/١ .

(٣) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ص٣٨٦ ، " قواعد وآثار فقهية رومانية " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٦٠/١ .

(٤) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ص ٣٦٨ ، " قواعد وآثار فقهية رومانية " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٦٠/١ .

(٥) " القانون الروماني " خليل الجر ، ص ١٢٠ ، " تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية " صوفي أبو طالب ، ص ٣١٦ .

(٦) سورة الأنعام آية ١٦٤ .

فإذا كان للميت تركة ، فإنه يتعلق بها حقوق ، فيجهز منها ثم تقضي ديونه منها سواء كانت الديون لله تعالى كالزكاة والكفارات والحج ، أو كان دين للآدمي كالقرض والثمن والأجرة وغير ذلك ، فإن زادت الديون على التركة ولم تف بدين الله ودين الآدمي ، فالدائنون هم الذين يتحملون تبعة ذلك ، ولا يلتزم الورثة بشيء من مالهم .

وبعد قضاء الديون تنفذ وصية الميت على أن تكون بالثلث ، فإن كانت بأكثر من الثلث أو لوارث مطلقاً فلابد من رضى الورثة . ومازاد على ذلك فتوزع على الورثة (١) .

يتبين مما سبق أن قاعدة « الموت يعفي من جميع التبعات » لاتوجد في الشريعة الإسلامية ، كما أنها تخالف قواعد توزيع التركة المقرر في الإسلام . وفي المبحث الثاني سوف أبين ذلك .

---

(١) « التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية » صالح بن فوزان الفوزان ، ص ٢٦ .

الطلاق وقاعدة « التفريق بين الزوجين هو الحيلولة بينهما في الفراش والمائدة » (١)

يعتبر الطلاق من الأنظمة الشائعة في المجتمع الروماني ، حيث كانت الرابطة الزوجية تنحل إما إجبارياً ، أو اختيارياً .

فينقضي الزواج إجبارياً في حالة وفاة أحد الزوجين ، أو بفقد الزوج حريته أو رعوية الرومانية ، حيث كان يتم الزواج بموجب القانون المدني ، وعليه فلا يمكن قيامه إلا بين شخصين من الأحرار الرومانيين (٢) .

والطلاق في القانون الروماني يحدث للزواج ، سواء كان الزواج مع السيادة *، أو الزواج بدون سيادة .

ويعتبر الطلاق في حالة الزواج مع السيادة نادر الوقوع ، إلا أنه قد يقع بسبب بعض الحالات ، كحالة ارتكاب الزوجة الزنا ، أو ادعاء الولادة كذباً .

وينحل الزواج بلا سياده بالاتفاق أو اختيارياً ، كذلك ينحل بالأسر والغيبة ، لأنه يقوم على الإتفاق والمعاشرة ، ولم يكن يخول للزوج على زوجته حقوق يمكن للزوج الغائب أن يستردها بعد عودته من الأسر ، وقد ترتب على هذا أنه كان للزوجة الحق في أن تتزوج من غير زوجها ، ويعتبر زواجها صحيحاً حتى بعد عودة الزوج من الأسر ، لذا كانت من اصلاحات الأمبراطور جوستنيان الزامها بالبقاء خمس سنوات قبل أن تطلقه وتتزوج من غيره (٣) .

ولقد كثرت حالات الطلاق في العصر الجمهوري وبداية العصر العلمي بشكل كبير لما

---

(١) " قواعد وآثار فقهية رومانية " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٢١/١١ ، « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني» ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٣٩٩ .

(٢) "القانون الروماني " صبيح مسكوني ، ص ٩٠ .

(*) الزواج مع السيادة : هو انتقال الزوجة من أسرتها الأصلية إلى عائلة زوجها ، وتنقطع كل صلتها بأسرتها الأصلية سواء من ناحية العصبة أو العشيرة أو الديانة ، ويترتب على ذلك سقوط جميع الحقوق من إرث أو وصاية وتصبح الزوجة عضواً في أسرة زوجها « القانون الروماني ، صبيح مسكوني ص ١٥٠».

(٣) " القانون الروماني " توفيق حسن فرج ، ص ٢٣ " تاريخ القوانين والشرائع » على محمد جعفر ، ص ٢٨٥ .

وصلت إليه الناحية الأخلاقية من انحطاط وفساد ، حتى قال عنها بعض الأدباء إن النساء كن يعددن أعمارهن بعدد مرات طلاقهن ، حيث لم يكن الطلاق خاضعاً لأية رقابة أو إشراف من السلطة ، وبقي الحال على ذلك بدون قيد حتى ظهور الديانة المسيحية ، فحدد الامبراطور الروماني قسطنطين – وهو أول الأباطره الرومان ، الذي اعتنق الدين المسيحي وأباح اعتناقه للناس – الأحوال التي يمكن فيها اطلاق الطلاق ووضع كذلك جزاءات لمنع إساءة استعماله، وكانت في معظمها لصالح الزوج .

فيحق للزوج أن يطلق زوجته عند ارتكابها جريمة الزنا ، كما يحق للمرأة طلب تحريرها من زوجها وطلاقها منه في حالة ارتكابه جريمة قتل أو انتهاك حرمة القبور(١) .

وفي عهد جوستنيان تم تنظيم الطلاق وحصره ، فاتخذ الطلاق في عهده الصور الآتية:-

١- الطلاق باتفاق الطرفين : وهذا النوع من الطلاق حراً من كل قيد ، ولايترتب عليه أي جزاء أو عقاب .

٢- الطلاق المباح وهو الطلاق الذي يقع بإرادة أحد الطرفين لأسباب مشروعة تبرره ، ولكن هذه الأسباب لاتعزا إلى خطأ الزوج الآخر ، بل تعتبر خارجه عن إرادته ، كما لو كان الزوج مصاباً بعجز جنسي ، أو كانت الزوجة عقيماً ، وقد حصر جوستنيان الطلاق المباح في أحد الأسباب التالية وهي ، الترهبن ، أوجنون أحد الزوجين ، أو اعتقاد الزوجة وفاة زوجها الأسير . وفي هذا الطلاق لاتقع أي عقوبات على أي من الطرفين .

٣- الطلاق لسبب مشروع : ويقع هذا الطلاق بإرادة أحد الطرفين – الزوجين – استناداً إلى خطأ الزوج الآخر ، كزنا الزوجة ، أو اعتدائها على حياة الزوج ، أو هجرها لمنزل الزوجية ، أو ذهابها إلى الحمام العمومي ، أو تناولها طعام في محل عمومي ، أو ذهابها إلى الملعب بمصاحبة رجل أجنبي ، كما كان للزوجة أن تطلق زوجها ، إذا عاشر امرأة أجنبية في منزل الزوجية ، أو اعتدى على حياتها ، أو إذا اعتدى على سلامة الدولة .

---

(١) " القانون الروماني " صبيح سكوني ، ص ٢٠٣ ، « القانون الروماني » توفيق فرج ، ص ٢٠٤ .

وفي جميع الحالات السابقة كان الزوج المخطئ يعاقب بعقوبات مالية وأخرى بدنية .

٤- الطلاق بدون سبب شرعي : وهو الطلاق الذي يقع من أحد الزوجين لغير الأسباب التي نص عليها القانون ، وفي هذه الحالة يقع الطلاق صحيحاً من أي الزوجين ، ولكنه يتعرض لعقوبات مالية أو بدنية (١) .

وسواء تم الطلاق لسبب شرعي ، أو بدون سبب شرعي ، فإن العقوبات كانت تتمثل في أن الزوج الذي وقع عليه الطلاق بسبب أو وقع منه بدون سبب يفقد حقوقه في الدوطه Dos* وفي الهبات الصادرة إلى الزوجين بسبب الزواج ، كما يحكم عليه في حالة الطلاق بدون سبب شرعي بغرامة قد تبلغ ربع أمواله .

أما العقوبات البدنية فتختلف باختلاف الأحوال ، وأهمها عقوبة الزانية حيث يحكم عليها بالسجن المؤبد في أحد الأديرة ، وتبعاً لذلك تحرم من الزواج ثانية (٢) .

والعلاقة الزوجية التي تنتهي بالطلاق لاتمنع من قيام عقد زواج جديد ، وقد حبذه الأمبراطور « أغسطس » ، ولم يقيده إلا بالنسبة للأرملة ، فيحرم عليها الزواج قبل انقضاء عشره أشهر تسمى « بمده البكاء » .

ولا يوجد قيود على المطلقة ، فتستطيع عقد زواج جديد لها عقب الطلاق مباشرة ، يؤيد ذلك القاعدة الفقهية الواردة في ذلك « لايجبر النساء على الحداد » (٣) . مما أدى بذلك إلى

---

(١) « القانون الروماني » صبيح مسكوني ص ٢٠٤ .

* الدوطة Dos هي عبارة عن الأموال التي كانت تعطيها الزوجة أو أسرتها للزوج للانتفاع بها دون أن يكون لهم الحق في استردادها " القانون الروماني " عمر ممدوح مصطفى ، ص ٢٠١ ، « مذكرات فى القانون الروماني » محمود سعد الدين ، ص ١١٨ .

(٢) " القانون الروماني " صبيح مسكوني ، ص ٢١٥ ، " المدخل إلى تاريخ الشرائع " محمود عبد المجيد المغربي ص ١١١ .

(٣) " قواعد وآثار فقهية رومانية " ترجمة عبد العزيز فهمي ص ٣١١ ، " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٣٩٨ .

اختلاط الأنساب .

أما في الإسلام فقد شرع الطلاق فيه كمنفذ أخير لحل مشكلات الأسرة متى تفاقمت واستعصت على الحل وامتنعت أمام كل جهود التوفيق والاصلاح والتحكيم .

وجعل الإسلام الطلاق بيد الرجل – دون المرأة – لأنه بمقتضى عقله واستعداده الفطري أصبر على احتمال المكاره ، وأشد تثبتاً في الأمور ، وأبعد نظراً في العواقب من المرأة فلا يسارع في كل غضبة طارئه ، ولأي سبب تافه ، كما أنه أحرص على بقاء الزوجية ، والنصوص الشرعية جميعها اسندت الطلاق إلى الرجل ، قال تعالى { يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن } (١) وقال { وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف } (٢) .

ولقد وضع الإسلام على الطلاق قيوداً وشروطاً عديدة ، فمن ناحية شخص المطلق ، لابد أن يكون بالغاً عاقلاً طائعاً مختاراً ، فلا يقع الطلاق من الصبي والمجنون والمكره والسكران على الراجح .

ومن ناحية العدد ، جعل القرآن الكريم الطلاق ثلاث مرات متفرقات ذلك لقوله تعالى ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ (٣) .

كما بين القرآن الكريم الوقت الذي يصح فيه الطلاق ويعتبر مشروعاً فقال تعالى { يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينه وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمر } (٤) ، فطلاق السنة وهو الطلاق المشروع أن يطلق

---

(١) سورة الطلاق آية (١) .

(٢) سورة البقرة آية (٢٣١) .

(٣) سورة البقرة آية (٢٢٩) .

(٤) سورة الطلاق آية (١) .

الرجل امرأة في وقت طهر لا جماع فيه ، ويعد طلاقة صحيحاً ، ويوجد طلاق أخر وهو بدعي فمن طلق في الحيض فقد خالف ماشرع الله له ويكون طلاقه بدعياً .

كما أن الطلاق في الشريعة الإسلامية قد يكون طلاقاً رجعياً وفيه يمكن للزوج أن يعود إلى زوجته بدون عقد ولا مهر جديد ، وقد يكون طلاقاً بائناً بينونة صغرى وفيه يمكن استئناف الحياة الزوجية بعقد ومهر جديد ، وقد يكون بائناً بينونة كبرى وفيه لايحل لهما – أي الزوجين – عدوة أحدهما إلى الآخر حتى تنكح الزوجة زوجاً غيره ثم يطلقها الزوج الآخير .

كما أباحت الشريعة الإسلامية للمرأة في أن تطلب المخالعة عن زوجها إذا كرهت زوجها لخَلْقه أو خُلُقه أو دينه ، أو كبره ، أو ضعفه ، أو نحو ذلك أو خشيت أن لاتؤدي حق الله في طاعته ، جازلها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها (١) .

كما يجب على المرأة الذي طلقها زوجها أن تعتد ، وذلك لقوله تعالى { ياأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة } (٢) وقوله تعالى { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } (٣) . فإذا كانت المرأة المطلقة حامل فعدتها بوضع الحمل ، أما إذا كانت المرأة من ذوات الحيض ، ودخل بها زوجها ولم تكن حاملاً فعدتها ثلاثة قروء ، وذلك لقوله تعالى { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } (٤) أما إذا كانت صغيره – أي لم تحض – أو آيسة فعدتها ثلاثة أشهر ، وذلك لقوله تعالى { واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللآ ئي لم يحضن } (٥) .

ويين ابن القيم رحمه الله حِكَم مشروعية العدة بقوله : في شرع العدة حِكَم : منها العلم

---

(١) انظر " المغني والشرح الكبير " لابن قدامه ، ج ١٠ ، ص ٣٠٠ .

(٢) سورة الطلاق آية (١) .

(٣) سورة البقرة آية (٢٢٨)

(٤) سورة البقرة آية (٢٢٨)

(٥) سورة الطلاق آية (٤) .

ببراءة الرحم وأن لايجتمع ماء الواطئين فأكثر في رحم واحد فتختلط الأنساب وتفسد ، وفي ذلك من الفساد ماتمنعه الشريعة . ومنها تعظيم خطر العقد ورفع قدره ، و إظهار شرفه ، منها تطويل زمان الرجعة للمطلق ، إذ لعله يندم أو يصادف زمناً يتمكن فيه من الرجعة ، ومنها قضاء حق الزوج وإظهار تأثير فقده في المنع من التزين والتجمل ، لذلك شرع الإحداد عليه أكثر من الإحداد على الوالد والولد ، ومنها الاحتياط لحق الزوج ومصلحة الزوجية ، وحق الولد والقيام بحق الله الذي أوجبه ، فليس المقصود من العدة مجرد براءة الرحم ، بل ذلك من بعض مقاصدها وحكمها (١) .

---

(١) « إعلام الموقعين » ابن القيم الجوزية ، ج ٢ ، ص ٨٥ .

الولاية على النساء وقاعدة « رأي القدامى جعل النساء تحت الوصاية ولو بلغن سن الأهلية ، لطياشة عقولهن » (١)

عرف القانون الروماني الولاية بأنها « قدرة وسلطة فرضها القانون المدني على إنسان مستقل بشؤون نفسه وصرح باستعمالها حماية لهذا الإنسان العاجز عن حماية نفسه بسبب صغر سنة » (٢) لذا أجاز القانون الروماني للأصول أن يعينوا وصياً لفروعهم القصر الذين تحت ولايتهم ، وهذا الحكم يسرى على اطلاقة فيما يتعلق بالبنين والبنات .

وعند البلوغ تنتهي الوصاية على الصبي ، فيتسلم أمواله من وليه ، ويصبح سيد نفسه ويكتسب أهليه الأداء كاملة ، أما الفتاة فلم يكن يترتب على بلوغها انتهاء الولاية ، فالولاية بالنسبة للمرأة لم تكن عملاً مؤقتاً بل كانت نظاماً دائماً يظل قائماً مابقيت المرأة على قيد الحياة . يؤكد ذلك ماورد من قواعد فقهية رومانية تدل على إبقاء هذه الولاية .

فمن ذلك « ليس للنساء ولاية الأعمال العامة » (٣) ، « المرأة دون الرجل في كثير من أحكام قوانينا » (٤) ، « رأي القدامي جعل النساء تحت الوصاية ولو بلغن سن الأهلية ، لطياشة عقولهن » (٥) .

ويرجع السبب الذي جعل من أجله حرم غير البالغين من الجنسين ، والنساء البالغات والمجانين والسفهاء والبالغون الذين تقل أعمارهم عن ٢٥عاماً من التمتع بأهلية الأداء ، إلى

---

(١) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ترجمة عبد العزيز فهمي ص ٣٩٨ ، " قواعد وآثار فقهية رومانية " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٤/١١ .

(٢) " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ترجمة عبد العزيز فهمي(ك ١ ، ب ١٣ ، ف ١ ، ص ٣٢) .

(٣) " قواعد وآثار فقهية رومانية " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ١/١١ ، " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٣٩٨ .

(٤) " قواعد وآثار فهية رومانية " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ١/١١ ، " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٣٩٩ .

(٥) « قواعد وآثار فقهيه رومانية » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ٤/١١ ، " مدونة جوستنيان في الفقه الروماني " ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٣٩٨ .

حداثة السن بالنسبة لغير البالغين ، والأنوثه وطيش العقل بالنسبة للنساء البالغات ، ونقص القوى العقلية أو انحرافها بالنسبة للمجانين والسفهاء ، وعدم النضوج الكافي بالنسبة للبالغين القاصرين عن ٢٥ عاماً (١) .

فالمرأة تعتبر ناقصة الأهلية ، وهناك تصرفات معينة لم تكن تستطيع إجراءها بمفردها ، بل كانت في حاجة لكي تتم هذه التصرفات صحيحة إلى إجازة وليها .

فالمرأة مثلاً لم تكن تستطيع رفع دعوى من الدعاوي المدنية إلا بإجازة وليها فإذا أرادت إجراء أحد التصرفات الرسمية أو الشكلية مثل الإشهادات أو الدعوى الصورية أو الوصية إلى إجازة وليها ، إلا أنه عند بلوغ الفتاة إلى سن البلوغ كانت تكتسب قدراً أكبر من الأهلية فكانت تستطيع إجراء بعض التصرفات غير الرسمية كنقل ملكية الأشياء غير الإشهادية أوعقد القروض أوقبض الديون أوالوفاء بها (٢) .

أما في العصر العلمي ، فقد زادت أهلية المرأة وتم ذلك بطريق غير مباشر ، إذ لم يكن المقصود من ذلك رفع القيود على أهلية المرأة ، فقد وجدت تصرفات لاتتسم بالشكلية فاقت في أهميتها التصرفات الشكلية القديمة ، ولم تعتبر المرأة ناقصة الأهلية بالنسبة للتصرفات الجديدة.

إلا أن أهلية المرأة قد ورد عليها قيد جديد في العصر العلمي ، فقد صدر قرار من مجلس الشيوخ يعرف بقرار فيليانوس S.c . Velleianus ، منع المرأة من التدخل لصالح الغير بأن تأخذ دينه على عاتقها ، أو بأن تكفَل ، أو بأن تعطي رهناً رسمياً أو حيازياً على أموالها لصالحه ، وتعتبر المرأة بالنسبة لهذا النوع من التصرفات عديمة الأهلية رغم زيادة أهلية المرأة في هذا العصر .

---

(١) " القانون الروماني " ميشيل فيليه ، ص ٧٣ ، « نظم القانون الروماني » محمود سلام زناتي ، ص ٩٥ .

(٢) "نظم القانون الروماني " محمود سلام زناتي ، ص ٩٥ ، " القانون الروماني " صبيح مسكوني ، ص ٩٦ .

على أنه أصبح في إمكان المرأة الالتجاء إلى الحاكم لإجبار الولي اعطاءها موافقته ، وأصبحت تلعب دوراً هاماً في اختياره (١) .

أما الولاية في الشريعة الإسلامية فهي : سلطة شرعية في النفس أو المال تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها ، أي يترتب عليها نفاذ التصرف في النفس والمال شرعاً (٢) .

وتثبت الولاية للشخص الكامل الأهلية على نفسه وماله ، أي للشخص البالغ العاقل الرشيد ، فله الولاية التامة على جميع شؤونه وأمواله وتنفذ جميع عقوده وتصرفاته في حق نفسه وماله ، ولايقيد نفاذ هذه التصرفات إلا قيد واحد وهو عدم الإضرار بالغير ، وعلى هذا إذا خلت تصرفاته من الإضرار بالغير نفذت ولاحق لأحد بالاعتراض عليها وتسمى هذه الولاية بالولاية القاصرة أو الولاية الذاتية .

وإن كانت الولاية متعلقة بشؤون غيره ، كأنه يزوج ابنته ، أو حفيدته ، أو يتصرف في ماله وأولاده ، فتسمى الولاية المتعدية ، وهذه الولاية تثبت على غيره بسبب عارض جعله الشارع علة وسبباً لثبوتها وهي نوعان : -

١- الولاية الأصلية : وهي التي تثبت بسبب الأبوة كولاية الأب أو الجد على أولاده الصغار سواء كانوا ذكوراً أو أناثاً ، فهي تثبت للأب أو الجد بسبب عارض هي ولادة المولى عليه .

٢- الولاية النيابية : وهي تثبت عن طريق النيابة ، أي باستمدادها من شخص أخر، كولاية العتق على من أعتقه إذا لم يكن له قريب عاصب وسببها القرابة الحكمية ، أو كولاية الحاكم يكون سببها الأمامة . أو . ولاية السيد على عبيده وإمائة وسببها الملك ،أو كولاية الوصي

---

(١) « القانون الروماني » مرجع سابق ، ص ١٠٢ .

(٢) " المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية " عبد الكريم زيدان ، ص ٧٩ ، " أحكام الأسرة في الإسلام " محمد مصطفى شلبي ، ص ٢٧٢ .

، والوكيل ، والإمام . فالوصي يستفيد ولايته ممن أقامه ، والوكيل يستفيد ولايته من الموكل ، والإمام يستمد ولايته من عموم المسلمين ببيعتهم له (١) .

والولاية المتعدية قد تكون ولاية على النفس ، وقد تكون ولاية على المال .

ويشترط في الولي أن يكون ذا أهلية أداء كاملة وأن يكون أميناً قادراً على مايدخل ضمن ولايته من التصرفات ، ويشترط كذلك اتحاد الدين بين المولى والمولى عليه ، فلا ولاية لغير مسلم على مسلم باتفاق الفقهاء ، ويشترط في تصرفات المولى أن تكون في مصلحة المولى عليه لأن هذه الولاية لم تثبت إلا رعاية لمصلحة المولى عليه يدل على ذلك قوله تعالى { ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن } (٢) ، وعلى هذا الأساس لايملك المولى إنشاء العقود والتصرفات الضاره عليه ضرراً محضاً كالهبة وسائر التبرعات ، أما التصرفات والعقود المترددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجاره ، فيجوز للمولى مباشرتها برأيه واجتهاده (٣) .

وإذا بلغ الصغير وعقل المجنون زالت الولاية عليه ، فيصبح سيد نفسه .

مما سبق يتبين أن الشريعة الإسلامية أقرت بنظام الوصاية والولاية على الصغير وعلى من في حكمه حتى يرشد ، كما بينت الشريعة الإسلامية حقوق المرأة أوضح بيان : فبينت مالها من حقوق تجعلها في مكانتها السامية اللائقة بها ، فبينت بأن المرأة شقيقة الرجال لها إنسانيتها وكرامتها ، وحرمتها ومكانتها في المجتمع ، كما تملك المال كما يملك الرجل وتتصرف في مالها بحرية كما يتصرف الرجال ، كما أن المرأة تساوي الرجل في الحقوق والواجبات فلها مثل ماله وعليها مثل ماعليه (٤) .

---

(١) " المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية " عبد الكريم زيدان ، ص ٢٨٠ ، " أحكام الأسرة في الإسلام " محمد مصطفى شلبي ، ص ٢٧٢ .

(٢) سورة الأنعام آية (١٥٢) .

(٣) انظر " المغني لابن قدامة " ج ٤ ص ٧ .

(٤) " حقوق المرأة في الزواج " محمد بن عمر عتين ، ص ١ .

إن الفقه الإسلامي لايعرف نظام الوصاية على المرأة ، فالمرأة في الإسلام لها شخصية مستقلة مثل شخصية الرجل (١) .

---

(١) « القانون الروماني والشريعة الإسلامية » زهدي يكن ، ص ١٦٨ .

العتق وقاعدة « سنة الطبيعة أن جميع الناس يولدون في الأصل أحراراً » (١) .

عرف القانون الروماني العتق كما ورد في مدونة جوستنيان بأنه هو« التمتيع بنعمة الحرية » (٢) والعتقاء هم من حصل تحريرهم من رق صحيح ، والشخص مادام في الرق فهو تحت يد الغير وسلطة وفي الإعتاق فك وتخليص له من هذه السلطة .

والعتقاء هم الأفراد الذين اكتسبوا الحرية بعد أن كانوا من قبل أرقاء ، والعتيق وإن كان حراً ومواطناً رومانياً إلا أنه لايتمتع بكل ما يتمتع به الأحرار الأصلاء من حقوق عامه وحقوق خاصة .

فهناك بعض الحقوق العامة والخاصة لايعترف له بها ، كما أن العتق من شأنه أن يخلق رابطة تبعية بين العتيق ومعتقه ، فمن شأنها أن تضعف من استقلال العتيق وأن تحد من حريته ، وفيما يتعلق بالحقوق العامه لم يكن له منها سوى حق الانتخاب ، وفيما يتعلق بالحقوق الخاصة لم يكن يعترف للعتقاء بحق الزواج من الأصلاء (٣) .

لكن الأمبراطور أوغسطس منحهم هذا الحق ، وإن كان قد أبقى على تحريم الزواج بين العتقاء ومن ينتمون إلى طبقة الشيوخ .

أما فيما يتعلق برابطة التبعية فقد كان في القانون القديم تجعل العتيق في وضع قريب من وضع العبد ، لكن منذ نهاية عصر الجمهورية وبداية عصر الإمبراطورية أخذت واجبات العتيق نحو معتقه تتحدد ، فالعتيق ملزم باحترام معتقه وإجلاله ، ومن المظاهر القانونية لهذا الواجب أنه لايستطيع أن يرفع عليه دعوى إلا بعد الحصول مقدماً على إذن من الحاكم القضائي ، كما أنه لايستطيع مطلقاً أن يرفع عليه دعوى يستتبع الحكم فيها إلحاق الوصمة

---

(١) « قواعد وآثار فقهية رومانية » ، ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ص ١٠ /١ ، « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني» ترجمة عبالعزيز فهمي ، ص ٣٩٦ .

(٢) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ، ترجمةعبد العزيز فهمي ، « ك ١ ، ب ٥ فاتحة ، ص ١٣».

(٣) « نظم القانون الروماني » محمود عبد السلام الزناتي ، ص ٨١ .

بالمحكوم عليه كدعوى السرقة أو دعوى الغش .

كما أن العتيق ملزم بأداء بعض الخدمات لمعتقه ، كما أن للمعتق حقاً معيناً في أموال عتيقه فهو مثلاً يرثه إذا لم يترك ورثه ، أو أن يحصل على نصف التركة إذا ترك العتيق وصية (١) .

ونظام العتق مستمد أصله من قانون الأمم ، لأن الناس جميعاً بمقتضى القانون الطبيعي أحراراً . حيث قسم قانون الأمم الناس إلى ثلاث طبقات : الأصلاء ويقابلهم الأرقاء، ثم طبقه ثالثه وهي العتقي أي من زال عنهم وصف الرق (٢) .

لذلك أدى بالفقهاء إلى وضع قاعدتهم الفقهية « سنة الطبيعة أن جميع الناس يولدون في الأصل أحراراً » مستمدين أصل هذه القاعدة من قانون الأمم .

ويحصل الإعتاق بطرق متعددة في القانون الروماني ، فيكون إما بالكنائس وفق المراسيم الإمبراطورية ، وإما بطريقة المناضلة باللسان والسنان * ، وإما بحضرة بعض الأصدقاء ، وإما بالخطاب المكتوب ، وإما بالوصية (٣) .

على أن الإعتاق لم يكن يعتبر من الحقوق المطلقة التي يستعملها من أراد ، فمن أراد أن يعتق عبده إضراراً بدائنية يقع عمله باطلاً ، كما حظرت شريعة إيليا اسنسيا الإعتاق على

---

(١) « نظم القانون الروماني » مرجع سابق ، ص ٨٢ .

(٢) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبالعزيز فهمي ص ١٤ .

* هذه الطريقة صورية صرفة ، اتبعها الرومانيون تقليداً لما كان جارياً عندهم من الإجراءات في الدعوى التي كان يرفعها لدى القنصل رجل ذو مروءة لإثبات حرية إنسان يمسكه البعض باعتباره رقيقاً ، فتقليداً لإجراءات هذه الدعوى كان من يريد إعتاق عبده يتوجه هو والعبد معه إلى مجلس الحاكم ، وهناك يأتي شخص ثالث « قد يكون حارساً من حراس الحاكم » وبيده قضيب فيدعي أن العبد حر وأنه يسترد له حريته ، ويستعين على طلبه هذا بالقضيب الممثل للرمح الذي هو رمز القوة ويلامس به العبد أثناء هذا الاسترداد ، فالسيد يسكت ولا يرد عليه بشيء ، فالحاكم يعتبر أن العبد حر ويقرر حريته « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص ١٤ » .

(٣) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » مرجع سابق ، ص ١٥ .

السيد الذي لم يبلغ العمر عشرين سنة .

ويكون سبب الإعتاق صحيحاً إذا أعتق الشخص أباه ، أو أمه ، أو ابنه أو بنته ، أو أخاه، أو أخته الطبيعين ، أو معلمه ، أو مرضعته ، أو مربية ، أو رضيعه ، أو أخاه أو أخته من الرضاع ، أو عبداً يريد أن يجعله وكيلاً له ، أو أمته يرغب أن يتزجها » (١) .

أما العتق في الشريعة الإسلامية فيعتبر من أفضل القرب إلى الله تعالى ، فمن الآيات الواردة في فضل العتق ، قوله تعالى { فلا اقتحم العقبة . وما أدراك مالعقبة فك رقبة } (٢) ، ومن الأحاديث الواردة في فضل العتق حديث أبو هريرة رضي الله عنه : قال رسول الله ﷺ : « أيما إمرىء مسلم أعتق أمرأ مسلماً استنقذ الله بكل عضو منه عضواً منه من النار ، حتى فرجه بفرجه » متفق عليه (٣) . وعن كعب بن مرة رضي الله عنه قال : « وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار » (٤) وعن أبي أمامه رضي الله عنه قال : « وأيما أمرىء مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار » رواه الترمذي (٥) .

والطرق التي نهجها الإسلام في معالجة مسئلة الرق هي :

الطريق الأول : اعتبر الإسلام عتق الرقبه . احدى أنواع الكفارات المتعلقة بالقتل الخطأ أو الظهار أو الحنث في اليمين وإفساد صوم رمضان استدلالاً بقوله تعالى { ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله } (٦) . وبقوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون

---

(١) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٢٠

(٢) سورة البلد آية ١١ ـ ١٣

(٣) رواه البخاري كتاب العتق ، باب ما جاء في العتق وفضله ، حديث رقم ٢٥١٧ ، ج ٥ /١٤٦ ، مسلم « كتاب العتق» ، باب فضل العتق حديث رقم ١٥٠٩ ، ج ٢ / ١٤٨ .

(٤) أبو داود ، كتاب العتق ، باب أي الرقاب أفضل ، حديث رقم ٣٩٦٧ ، ج ٤ / ٣٠ .

(٥) « سنن الترمذي » كتاب النذور والإيمان ، باب ما جاء في فضل من أعتق ، حديث رقم ١٥٤٧ ،ج ٤ / ١٧٨ .

(٦) سورة البقرة ، آية ٩٢ .

خبير}(١) وبقوله تعالى { لايؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام } (٢) وعن سلمة بن صخر رضي الله عنه قال : دخل رمضان فخفت أن أصيب امرأتي فظاهرت منها ، فانكشف لي منها شيء ليلة فوقعت عليها ، فقال لي رسول الله ﷺ « حرر رقبة » فقلت : لا أملك إلا رقبتي ، قال « فصم شهرين متتابعين » قلت : وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام ؟ قال : « أطعم فرقاً من تمر ستين مسكيناً » أخرجه أحمد وأبي داود والترمذي (٣) .

– الطريق الثاني : المكاتبة : إذا علم المولي أن في عبده خيراً ونفعاً فيمكن أن يكاتبه على مبلغ من المال محدد ومعلوم يؤديه المكاتب دفعة واحدة أو مجزءاً ، وبعد إيفاء المكاتب بما اتفق عليه يصبح حراً ، أو بعد الإبراء وذلك استدلالاً بقوله تعالى { فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذي آتاكم } (٤) .

– الطريق الثالث : النذر : لو نذر مسلم عتق رقبة لأمر يخشاه ، أو لنفع حصل عليه ، لزم الناذر الوفاء بالنذر متى تحقق له مطلبه استدلالاً بقوله تعالى { يوفون بالنذر ويخافون يوماً كان شره مستطيراً } (٥) .

الطريق الرابع : زواج الأحرار من الإماء : أباح الله سبحانه وتعالى زواج الحر من الأمة استدلالاً بقوله عز وجل { ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ماملكت

---

(١) سورة المجادلة آية ٣ .

(٢) سورة المائدة آية ٨٩ .

(٣) « سنن أبي داود » كتاب الطلاق ، باب الظهار ، حديث ١٢١٣ ، ج ٢ / ٦٦ ، « سنن الترمذي » كتاب الطلاق ،باب ما جاء في كفارة الظهار ، ج ٣ / ٢٠٤

(٤) سورة النور آية ٣٣ .

(٥) سورة الإنسان آية ٧

أيمانكم من فتياتكم المؤمنات } (١) وبعد الإنجاب سيكون أولاد الأحرار من الرقيقات أحرار.

الطريق الخامس : خص الإسلام عتق الرقاب بجزء من أموال الذكاة ، وذلك بأن يشتري العبيد أو يساعدوا على تحرير أنفسهم للخلاص من الرق استلالاً بقوله تعالى { إنماالصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب } (٢)

الطريق السادس : جعل الإسلام العتق وسيلة لغفران الذنوب العامة ، ويعتبر إعتاق الرقيق الذكر أفضل من إعتاق الأنثى ، كما يستحب عتق من له دين وكسب ينتفع بالعتق ، ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه في المال وهو البالغ العاقل الرشيد ، ولايصح من غير جائز التصرف كالصبي والمجنون والسفيه والمحجور عليه (٣) .

إن المتتبع لأحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بمعاملة الرقيق يجد أنها أحكاماً كلها رعاية لهم وحماية لمصالحهم ، ودعوة للرفق بهم والأخذ بأيديهم ، لما هو الأفضل والأنفع لهم ، حتى أن النبي ﷺ أوصى بهم كثيراً ، ففي رواية عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : كان آخر كلام رسول الله ﷺ « الصلاة الصلاة ، اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم » (٤) .

وقوله ﷺ : « إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم ، فأطعموهم مما تأكلون ، وألبسوهم مما تلبسون ، ولاتكلفوهم مايغلبهم ، فإن كلفتموهم فأعينوهم » (٥) .

فمن خلال ماتقدم يتضح لنا مدى اهتمام الإسلام بحسن معاملة الرقيق والتأكيد على المولى بأن يلتزم بتوجيهات الإسلام في رعايته ، وحسن معاملته ، فكيف بمن اعتق من الرق ،

---

(١) سورة النساء آية ٢٥ .

(٢) سورة التوبة آية ٦٠ .

(٣) انظر « سبل السلام شرح بلوغ المرام » الصنعاني ، ج ٤ ص ٢٦٩ .

(٤) « سنن أبي داود » كتاب الأدب ، باب في حق المملوك ، حديث رقم ٥١٥٦ ، ح ٥/٣٥٩ .

(٥) « سنن أبي داود » كتاب الأدب ، باب في حق المملوك ، حديث رقم ٥١٥٨ ، ح ٥/٣٦٠ ، « سنن ابن ماجه » باب الإحسان إلى المماليك ، حديث رقم ٣٦٩٠ ، ح ٢/١٢١٦.

فإنه يصبح كالحر تسري عليه أحكام الأحرار . فمن ذلك أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أعتق كثيراً ومنهم بلال رضي الله عنه وأصبح بلال مؤذناً للرسول الله ﷺ.

وكذلك يعتبر من سماحة الإسلام أن حصر منابع الرق فجعل له مصدرين فقط وهما رق الحرب الذي يفرض على الأسرى ، ورق الوراثة الذي كان يفرض على كل من تلده الأمة . مع أنه كان قبل الإسلام له منابع متعددة ومصادر متنوعة ، فالإسلام باستثنائه لهذين المصدرين ، قصد الإقلال من الرق إن لم يكن القضاء عليه تماماً (١) .

---

(١) « عوارض الأهلية عند الأصوليين » حسين خلف الجبوري ، ص ٢٥٧ .

طرق اكتساب الملكية عند الرومان وقاعدة « ملكية الشيء تحصل لنا بالبيع أو بالمعاطاة أو بالتنازل أو بقضاء القاضي أو بحكم القانون » (١) .

لاكتساب الملكية عند الرومان طرق كثيرة ومختلفة « تحصل للأفراد ملكية الأشياء بطرق عدة » (٢) ، وهذه الطرق تقسم إلى طرق ناقلة للملكية وطرق منشئة للملكية .

وتكون الطرق المنشئة للملكية : إذا كان المال غير مملوك لأحد ، مثل المال المباح ، أو الذي تخلي عنه صاحبه بنية تركه ، فتكتسب الملكية في هذه الحالة خالية من أي حق ومن أي تكاليف أو أعباء .

وتكون الطريقة الناقلة للملكية : إذا كان المال مملوكاً لشخص ثم انتقلت ملكيته إلى شخص أخر ، فالملكية في هذه الحالة تنتقل بقيودها العينية ، أي محملة بما كان عليها من تكاليف أو أعباء رتبها المالك السابق (٣) .

وتقسم الطرق الناقلة للملكية إلى قسمين :

١- طرق اختيارية :

وتسمى بالطرق العقدية وهي طرق تفترض اتفاق سابق بين المالك الأصلي والمكتسب ، وقد عرف القانون الروماني ثلاث طرق لاكتساب الملكية بصورة اختياريه ، وهي : الإشهاد والدعوى الصورية والتسليم ، ويعتبر الإشهاد والدعوى الصورية طريقتان شكليتان تابعتان للقانون المدني ، أما التسليم فهو طريق غير شكلي - وإن كان يستلزم عنصراً مادياً هو نقل حيازة الشيء تابع لقانون الشعوب .

---

(١) « قواعد وأثار فقهية رومانية » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ٤ /٦ ، « مدونة جوستنيان في الفقه الرماني » ترجمة عبدالعزيز فهمي ص ٣٨٠ .

(٢) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » مرجع سابق « ك٢ ، ب١ ، ص٥٨ » .

(٣) انظر « نظم القانون الروماني » محمود سلام زناتي ، ص٣٥٧، « القانون الروماني » صبيح سكوني ص ١٥٣» القانون الروماني » توفيق فرج ، ص ٢٩٢ .

٢-طرق إجبارية :

وتسمى أيضاً بالطرق غير العقدية لانتقال الملكية تمييزاً لها عن الطرق العقدية لاكتساب الملكية المتقدم ذكرها ، وهي طرق لاتفترض وجود اتفاق سابق بين ناقل الملكية ومكتسبها فمكتسب الملكية يعتبر كاسباً لها رغماً عن إرادة المالك الأصلي . والطرق الإجبارية لنقل الملكية ثلاث طرق وهي : حكم القضاء ، ونص القانون ، ومضي المدة أو بمرور الزمن أو التقادم (١).

والطرق الإجبارية في غالب صورها تكون على شكل عقوبة بالأشخاص الذين لايدفعون ما عليهم من ضرائب فتنتقل أموالهم المحجوزة إلى خزينة الدولة ، أو قسمة التركه بين الورثه ، أو تعيين الحدود بين الجيران ، أو عن طريق وضع اليد ، أو استعمال الشيء مدة معينة من الزمن يحددها القانون أو العرف (٢) .

إن الملكية في القانون الروماني لايمكن أن تنتقل من شخص إلى أخر إلا إذا اتبعت لنقلها إحدى الطرق السابقه . ويرجع ذلك إلى أن اتفاق الطرفين أو التراضي لم يكن كافياً لنقل الملكية ، يؤيد ذلك القاعدة الفقهية « إنما تنتقل ملكية الأعيان بقبضها ، أما الإتفاقات وحدهما فلا تنقل الملكية » (٣) . حيث يجب أن تتخذ إرادة الطرفين مظهراً خارجياً في صورة تصرف شكلي أو عمل مادي يتمثل في استخدام إحدى الطرق السابقة ، لذا فرق القانون الروماني بين سند الملكية طرق اكتساب الملكية .

فسند الملكية هو التصرف القانوني الذي يستند إليه انتقال الملكية كالبيع ، أو لهبة ...الخ أما طرق اكتساب الملكية فهي الوسائل التي تؤدي إلى نقل الملكية بالفعل ويشترط أن يكون ناقل الملكية مالكاً للشيء ، فإذا لم يكن مالكاً للشيء ومتمتعاً بأهلية التصرف ، فإن استخدام أياً من

---

(١) « الموجز في المؤسسات القانونية عند الرومان » كوك ، ص ١٧٨ .

(٢) انظر « نظم القانون الروماني » محمود سلام زناتي ، ص ٣٩٥ ، « القانون الروماني » توفيق فرج ، ص ٢٩٣ .

(٣) « قواعد وأثار فقهية رومانية » ترجمة عبد العزيز فهمي ، ٤٠/٤ ، ص ٢٥ ، « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبد العزيز فهمي ، ص ٣٨٢ .

هذه الطرق لا يؤدي إلى اكتساب من انتقلت إليه حيازة الشيء ، تطبيقاً لقاعدة إن فاقد الشيء لايعطيه « لايستطيع المرء أن يملك مالا يملك » (١) .

أما الشريعة الإسلامية فقد أقرت نظام الملكية للأفراد ، لذا فإن مايملكه الإنسان يقسم إلى نوعين ملك تام وملك ناقص .

فالملك التام : هو ملك ذات الشيء (رقبته) ومنفعة ، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق المشروعة .

إما الملك الناقص : فهو ملك العين وحدها ، أو المنفعة وحدها . ويسمى ملك المنفعه حق الانتفاع ، وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع ، أي يتبع شخصه لا العين المملوكة مثل الموص له بمنفعه شيء مدة حياته ، وقد يكون حقاً عينياً ، أي تابعاً للعين دائماً بقطع النظر عن الشخص المنتفع ، وهذا يسمى حق الارتفاق ، ولا يكون إلا في عقار .

والملك الناقص ثلاثة أنواع : -

١- ملك العين فقط :

هو أن تكون العين (الرقبة) مملوكة لشخص ، ومنافعها مملوكه لشخص آخر ، مثل أن يوصي شخص لآخر بسكن دار أو بزراعة على أرض مدة معينة ، فإذا انتهت المدة أصبحت ملكاً لورثة ، فتعود ملكيتهم شاملة تامة .

٢- ملك المنفعة الشخصي أوحق الانتفاع :

ويوجد خمسة أسباب لملك المنفعة الشخصية أو حق الانتفاع وهي : الإعارة ، والإجارة ، والوقف ، والوصية ، والإباحه .

---

(١) « نظم القانون الروماني » محمود سلام زناتي ، ص ٣٩٥ ، « القانون الروماني » توفيق فرج ، ص ٢٩٣ .

٣- ملك المنفعة العيني أوحق الارتفاق :-

وحق الارتفاق هو حق مقرر على ملك لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول، وهو حق دائم يبقي مابقي العقاران دون النظر إلى المالك ، مثل حق الشرب ، وحق المجري ، وحق المسيل وحق المرور ، وحق الجوار ، وحق العلو (١).

ويعتبر حق المنفعة مؤقتاً ، لذا فإنه ينتهي بأحد الأمور التالية :

١- انتهاء مدة الانتفاع المحددة .

٢- هلاك العين المنتفع بها أو تعيبها بعيب لايمكن معه استيفاء المنفعة ، مثل انهدام دار السكن .

٣- وفاة المنتفع عند الحنفية ، لأن المنافع لاتورث عندهم .

٤- وفاة مالك العين إذا كان المنفعة من طريق الإعارة أو الإجارة وهذا عند الحنفية على أن الجمهور يقولون بإن الإعارة لاتنتهي بموت المعير أو المستعير ، وكذلك الإجاره لاتنتهي بموت أحد العاقدين لأنها عقد لازم كالبيع ، وأما إذا كانت المنفعه من طريق الوصية أو الوقف ، فلا ينتهي حق المنفعة بموت الموصي ولابموت الواقف (٢) .

ومصادر الملك التام في الشريعة الإسلامية أربعة وهي : الاستيلاء على المباح ، والعقود ، والخلفية ، والتولد من الشيء المملوك .

١- الاستيلاء على المباح :

والمباح هو المال الذي لم يدخل في ملك شخص معين ، ولم يوجد مانع شرعي من تملكه . والمباح يتنوع تبعاً لتنوع الأموال المباحة ، لأن المباح قد يكون أرضاً جرداء ، أو سمكاً في ماء ،

---

(١) انظر « المدخل لدراسة الفقه الإسلامي » خالد عبد الله عيد ، ص ٣٧٣ ، «المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي » محمد مصطفى شلبي ، ص٣٦٢

(٢) الفقه الإسلامي وأدلة » وهبة الزحيلي، ج ٥ ص ٤٩٦.

أو طيراً في هواء ، أو حيوانات في غابة أو صحراء ، وقد يكون نباتاً أو شجراً على ظهر الأرض ، أو معادن وكنوزاً في باطنها ، كما أن أحكامها تختلف من جهة توقف الملك في بعضها على إذن ولي الأمر وعدم توقفها في بعضها الآخر ، ووجوب حق الدولة في بعض الأنواع ، وعدم وجوب شيء في بعضها ، لذا كانت لها صور أربع وهي إحياء الأرض الموات ، والإصياد والاستيلاء على الكلأ والآجام ، والاستيلاء على المعادن والكنوز (١) .

٢- العقود الناقلة للملكية :-

وتعتبر العقود الناقلة للملكية من أهم مصادر الملكية وأعمها وأكثر وقوعاً في الحياة المدنية ، مثل البيع والهبة والوصية ونحوها ، لإنها تمثل النشاط الاقتصادي الذي يحقق حاجات الناس من طريق التعامل .

والعقود الناقلة للملكية لاتكون إلا برضا صاحبها وذلك لقوله تعالى { ياأيها الذين آمنوا لاتاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجاره عن تراضٍ منكم } (٢) ، فالقاعدة العامة أنه لا يجبر شخص في حياته على نقل ملكه إلى غيره ، ولكن هناك حالات استثنيت من هذه القاعدة ينقل الملك فيها من غير رضا صاحبها لضرورة تدعوا إلى ذلك ، وهذه الضرورة إما دفعاً لضرر خاص يلحق بشخص آخر يفوق الضرر الذي يلحق صاحب الملك من جبره على نقل ملكه ، وإما دفعاً لضرر عام بتحقيق مصلحة عامة . ومن هذه الحالات : إذا ماطل المدين عن دفع ماعليه من الديون، فيجوز للقاضي أن ينوب عنه في بيع بعض ماله أو كله بمقدار الديون وإن لم يرض بذلك ، وكذلك إذا امتنع المحتكر عن بيع الطعام والناس محتاجون إليه ، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي بيع ماله جبراً عنه دفعاً للضرر عن الناس ، وكذلك نزع الملكية لأجل المنفعة العامة ، كتوسيع الطرق وتوسيع المساجد إلى غير ذلك ، وكذلك حق تملك المال المشفوع فيه من مالكه الجديد ولو جبراً بما قام عليه من الثمن والتكاليف ، فلو كان لشخصين دار

---

(١) « المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي » محمد مصطفى شلبي ، ص ٣٨١

(٢) سورة النساء آية ٢٩

مشتركه وباع أحد الشريكين نصيبه لأجنبي ، فإنه يحق للشريك الآخر أن يطالب بهذا الجزء ، ويأخذه من المشتري سواء رضي بذلك أو لم يرض (١) .

٣- الخلفية :

وهي أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه ، أو يحل شيء محل شيء آخر . وهي نوعان : خلفيه شخص عن شخص وهي الإرث ، وخلفية شيء عن شيء وهي التضمين .

٤- التولد من المملوك :

ومعناه أن يتولد من شيء مملوك يكون مملوكاً لصاحب الأصل ، لأن مالك الأصل هو مالك الفرع ، سواء أكان التولد بفعل مالك الأصل ، أم بالطبيعة والخلقة (٢) .

ويتميز الملك التام بأنه ملك مطلق دائم لايتقيد بزمان محدد مادام الشيء المملوك قائماً ، ولايقبل الإسقاط ، أي جعل الشئ بلا مالك ، ويمنح صاحبه الصلاحيات التامة من حرية الاستعمال والاستثمار والتصرف فيما يملك كما يشاء فله البيع أو الهبة أو الوقف أو الوصية ، كما له الإعارة والإجاره .

وباعتراضي للملكية في القانون الروماني والملكية في الشريعة الإسلامية يتبين وجود اختلافات بينهما وسوف أقوم بتوضيح هذه الاختلافات في المبحث القادم .

---

(١) « المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية » محمد مصطفى شلبي ، ص ٤٠٥ ، « المدخل الفقهي العام» الزرقا ، ص١٠٥ .

(٢) « الفقه الإسلامي وأدلة » وهبة الزحيلي ، ج ٥ ص ٥١٠.

نظام التبنى

يعتبر التبنى من الأنظمة السائدة في المجتمع الروماني وأيده القانون ووضع له القوانين و الضـوابط التي تكفله ، من ذلك أن الابن المتبنى يعتبر مساوياً للأولاد في النسب « ليس لأولادنا من النسب هم وحدهم الذين يكونون في ولايتنا ، بل يدخل فيها أيضاً من اتخذناهم أولاداً لنا بطريق التبنى » (١) .

ويحصل التبنى في المجتمع الروماني بطريقتين : أمر الأمير « الأمبراطور » ، وبحكم الحاكم . فبسلطة الأمير تيسير تبني الأشخاص المستقلين بشؤون أنفسهم ذكوراً واناثاً ، ويسمى هذا النوع من التبنى بالاستلحاق ، أما التبنى بسلطة الحاكم فيكون ذلك بتبني الأشخاص الذين في ولاية أصولهم ذكوراً واناثاً ، سواء كانوا من الدرجة الأولى كالابن والبنت ، أو كانوا من درجة أسفل كابن الابن وبنت الابن .

وفي حالة استلحاق صبي بأمر الأمبراطور ، لا يتم هذا الاستلحاق ، إلا بعد عمل تحقيق يبحث فيه عن سبب طلب الإلحاق أشريف هو أم لا ، ومن مصلحة الصبي أم لا ، وبشرط أن يتعهد المستلحق أمام أحد موظفين الدولة أو أحد الموثقين ، بأن الصبي إذا مات قاصراً فإنه يرد أمواله إلى من كان يستحق تركته لو لم يحصل التبنى ، ولا يجوز تحرير الصبي المستلحق إلا بعد البحث والتحقيق من استحقاقه للتحرير وبشرط أن يسلمه المستلحق أمواله . (٢)

ويمتاز الاستلحاق بأمر الأمير والتي ينفرد بها عن التبنى بحكم الحاكم ، هي أن المستلحق إذا كان له أولاد في ولايته ، فإنه لا يدخل وحده في ولاية متبنيه ، بل يدخل معه أولاده باعتبارهم أولاد ابنه . (٣)

ومن الأنظمة التي وضعها القانون الروماني في التبنى بأنه ليس لكل فرد له حق التبنى ، فالتبنى يكون حقاً لمن بهم عنة ، وللعاجزين عن الأنسال ، أما المجبوبون والنساء فليس لهم حق

---

(١) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ك ١ ، ب ١١ ، ص٢٥ .

(٢) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » مرجع سابق ، ك ١ ، ب ١١ ، ف ٣ ، ص ٢٦ .

(٣) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » مرجع سابق ، ك١ ، ب ١١ ، ف ٩ ، ص ٢٧ .

التبنى ، وذلك لأن النساء ليس لهم ولاية حتى على أولادهم الحقيقين » (١) .

ويقاس الولد المتبنى أو المستلحق في كثير من الأحوال بالولد الآتي من النكاح شرعي ، فيعتبر من فروعه وليس أجنبياً عنه كما أن له حقوق في وراثته متبنية (٢)

وقد عرف الرومان نظامين من التبنى : تبني المستقل بحقوقه وتبني الخاضع لسلطة غيره.

فأولاً :ـ التبنى المستقل بحقوقه : وهو نظام بمقتضاه يدخل رب أسرة في عائلة رب أسرة أخرى باعتباره ابناً له ، ويدخل معه كل التابعين للسلطة منذ البداية ، ويشترط لصحة تبني الشخص المستقل بحقوقه إجراءات شكلية تتمثل في مصادقة المجالس الشعبية على التبنى من جهة ، وتدخل الكهنة بمجالسهم من سلطة الإشراف على الطقوس الدينية من جهة أخرى ووجود إجراءات موضوعية سواء بالنسبة للمتبني أو المتبنى ، فالنسبة للمتبني كان يشترط رضاءه ، إضافة إلى كونه ذكراً ، وأهلاً لإكتساب السلطة الأبوية ، ويجب أن يكون أكبر سناً من المتبني ، وأن لا يكون قد جاوز الستين من عمره وليس له أولاد ذكور ، أما بالنسبة للمتبنى فكان يشترط رضاؤه أيضاً ، وإن كان قاصراً فلا بد من موافقة وصيه ، على أن تبني القاصر لا يعتبر نهائياً إلا بعد بلوغه ورضائه

ويترتب على تبني الشخص المستقل بحقوقه آثران ، فالنسبة للأشخاص : يدخل المتبنى والتابعون له في الأصل في أسرة المتبني ويخضعون لولايته . كما لو كان قد ولد من زواج شرعي وتنقطع سلطة القرابة المدنية بين المتبنى وأسرته وعشيرته الأصلية ، فيصبح ميتاً بالنسبة لها ، بحكم الموت المدني لتغير صفة العائلية .

أما بالنسبة للأموال ، فيترتب على التبنى فناء الذمة المالية للمتبنى في ذمة المتبني ، وتصبح أموال الأول مملوكة للثاني (٣) .

---

(١) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » مرجع سابق ، ك ١ ، ب ١١ ، ف ٢ ، ص ٢٥ .

(٢) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ك١ ، ب ١١ ، ف ٤ ، ص ٢٥ .

(٣) « القانون الروماني » « صبيح مسكوني ، ص ٩٠ ، « القانون الروماني » توفيق حسن فرح ، ص ١٨٠ .

ثانياً : تبني الخاضع لسلطة غيره :

وهو عمل قانوني ينتقل بمقتضاه شخصاوضع لسلطة غيره ذكر أو انثى من أسرته الأصلية إلى أسرة أخرى .

ويشترط لصحة تبني الخاضع لسلطة غيره شروط منها اتفاق الأبوين ، كما أوجب جوستنيان موافقة الابن أيضاً ، وأن يكون المتبني أهلاً لاكتساب السلطة الأبوية ، وأن يكون أكبر سناً من المتبنى ، وقد حدد جوستنيان هذا الفرق بثمانية عشر عاماً .

ويترتب على تبني الخاضع لسلطة غيره آثار منها : أن يدخل المتبنى في أسرة متبنيه ويصبح مركزه القانوني بالنسبة للسلطة الأبوية الجديدة ، كما لو ولد من أبيه المتبني ومن زواج شرعي ، كما أن من آثاره أنه لا تتعدى شخص المتبنى ، إذ ينتقل وحده دون أولاده أو زوجته إلى الأسرة الجديدة ويخضع لسلطة ربها . ولا يترتب على هذا النوع من التبنى أي آثار من الناحية المالية . لأنه ليس للخاضع لسلطة غيره ـ بوجه عام ـ ذمة مالية وأموال خاصة به ، فهو يكسب بالتبنى حقوقاً في أسرته الجديدة تعوضه عن حقوقه في الأسرة الأصلية (١) .

وفي عهد جوستنيان أدخلت اصلاحات على نظام التبنى بالنسبة للخاضع لغيره . فقد ميز بين نوعين من التبنى .

١ـ التبنى الناقص : وفيه لا يخرج الابن من سلطة أبيه ولامن أسرته الأصلية ، ويحتفظ فيها بجميع حقوقه ، وكل ما يترتب على هذا التبنى هو إكتساب المتبنى حق الإرث من متبنيه .

٢ـ التبني الكامل : وهذا المتبنى يترتب عليه حقوق التبنى القديم ، ويفقد فيه المتبنى حقوقه في عائلة الأصلية (٢)

أما في الشريعة الإسلامية فقد حرمت نظام التبنى وأبطلته بعد أن كان في الجاهلية وصدر الإسلام فقد تبنى النبي صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة رضي الله عنه قبل النبوة ، وكان يدعى " زيد بن محمد " إلى أن نزل قوله تعالى [وما جعل أدعيائكم ابنائكم ، ذلكم قولكم

---

(١) « القانون الروماني » صبيح مسكوني ، ص٩٣ ، « القانون الروماني » توفيق حسن فرج ، ص١٨٢ .

(٢) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ص ٣٦ .

بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدى السبيل ، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فإن لم تعلموا آبائهم ، فإخوانكم في الدين ومواليكم] (١) .

ذكر القرطبي في تفسيره : أنه أجمع أهل التفسير على أن هذه الآية أنزلت في زيد بن حارثة ، من ذلك مارواه الأئمة عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : « ما كنا ندعوا زيد بن حارثة إلا زيد بن محمد ، حتى نزلت » :قوله تعالى [ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله] أي أعدل وأحق عند الله (٢) . فالعدل يقضي والحق يوجب نسبة الابن إلى أبيه الحقيقي ، لا لأبيه المزور والإسلام دين الحق والعدل ، والعنصر الغريب عن الأسرة ذكراً أو انثى - مثل المتبنى - لاينسجم معها قطعاً في خلق ولا دين ، وقد تقع مفاسد ومنكرات عليه أو منه لإحساسه بأنه أجنبي .

فمن تبنى لقيطاً أو مجهول النسب ، لم يكن ولده حقيقة ، فلا يثبت التوارث بينهما ، ولا تجري عليه أحكام التحريم بالقرابة ، يؤكد ذلك ما رواه البخاري ومسلم (٣) عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال « إن زيداً بن حارثة رضي الله عنه مولى رسول الله ﷺ ما كنا ندعوه إلا زيد ابن محمد حتى نزل القرآن [ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله] . فقد كانوا يعاملونهم معاملة الابناء من كل وجه ، ولما نسخ هذا الحكم أباح تبارك وتعالى زوجة الدعيّ ، وتزوج رسول الله ﷺ بزينب بنت جحش رضي الله عنها مطلقة زيد بن حارثة رضي الله عنه. وذلك لقوله تعالى [لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطراً](٤) وقال تبارك وتعالى في آية التحريم : [وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم] (٥) احترازاً عن زوجة الدعيٍّ فإنه ليس من الصلب (٦) .

---

(١) سورة الأحزاب آية ٥

(٢) « الجامع لأحكام القرآن » القرطبي ، مجلد ٦ ، ج ٢٠ ، ص ١١٩ .

(٣) متفق عليه .

(٤) سورة الأحزاب ، آية ٣٧ .

(٥) سورة النساء ، آية ٢٣

(٦) « تفسير القرآن العظيم » لابن كثير ، ج ٣ ص ٨٠ ، « الجامع لأحكام القرآن » القرطبي ، ج ٦ ، ص ١١٩٩ .

والحكمة من تزوج المصطفى ﷺ من زينب بنت جحش رضي الله عنها ، أنه كان من العادات المتأصلة في الجاهلية مسألة التبني ، أي أن أحدهم كان ينزل ابن غيره الدعيَّ في منزلة ابنه الحقيقي ، ومن أجل ذلك كانوا يحرمون على أنفسهم التزوج بزوجة المتبنى ، فأراد الله سبحانه وتعالى أن ينزع هذه العادة منهم ، وجعل من رسول الله ﷺ أسوة حسنة فأمره أن يزوج زيداً مولاه من زينب بنت جحش ، فلما طلقها زيدابن حارثة رضي الله عنه تزوجها رسول الله ﷺ ، ونفى بذلك عادات العرب المباينة للدين (١) .

---

(١) «حكمة التشريع وفلسفته » على أحمد الجرجاوي ، ج ٢ ، ص ١١٧ .

نظام السلطة الأبوية

يعتبر من الأنظمة السائدة في المجتمع الروماني نظام السلطةالأبوية ، والتي أقرها القانون الروماني ووضع لها الأحكام والقواعد .

ونظام السلطة الأبوية : هي السلطة التي تكون لرب الأسرة من المواطنين الرومان الذكور على فروعه من أهل القرابة المدنية (١) .

وترجع نشأة السلطة الأبوية في ظل القانون القديم ، كسلطة مطلقة امتيازاً لصالح رب الأسرة ، ولم يكن ينظر فيها إلى حماية الخاضعين لرب الأسرة من أبنائه وبناته وفروع أبنائه ، وقد ترتب على هذا أن كانت السلطة مطلقة من حيث مدتها ، كما كانت مطلقة من حيث نظامها ومداها ، تدوم ما بقي رب الأسرة حياً متمتعاً بالشخصية القانونية وطالما لم يخرج الولد عن الأسرة بالتبنى أو بالتحرير ، أو لم تخرج البنت بالزواج مع السيادة .

كذلك تبقى صلاحية سلطة رب الأسرة على ابنائه حتى لو تزوجوا واصبحوا آباء .

كذلك تعتبر السلطة الأبوية مطلقة من حيث نطاقها ، فكانت تمتد إلى ابناء الأسرة وفروعهم وإلى بناتها سواء فيما يتعلق بالأشخاص أو فيما يكسبونه من أموال .

فالنسبة للأشخاص كان لرب الأسرة حق الانتفاع من جهود الخاضعين له ، وما يؤول إليهم من الأموال أو ما يقومون به من خدمات ، وله أيضاً التصرف بهم ، أو نبذهم عند ولادتهم ، أو قتلهم أو بيعهم ، أو تزويجهم دون رضاهم .

وبالنسة للأموال ، فرب الأسرة هو المالك الوحيد لأموال الأسرة يتصرف بها أثناء حياته كما يشاء ، وبعد موته يتصرف بها بالوصية (٢) .

وتعتبر السلطة الأبوية دائمة مثل حق الملكية ما دام متمتعاً بالشخصية القانونية ، لا تنقضي إلا بوفاة رب الأسرة ، ويترتب على صفة الديمومة هذه ، أنه لا يمكن التنازل عنها لغيره.

---

(١) « القانون الروماني » صبيح مسكوني ص ٨٥ ، «القانون الروماني » توفيق حسن فرج ، ص ١٧٠ .

(٢) « القانون الروماني » صبيح مسكوني ص ٨٧ ، « القانون الروماني » توفيق حسن فرج ، ص ١٧١ .

غير أن سلطة الأب المطلقة تقيدت في أواخر العصر الجمهوري ، فظهرت قيود تحدد سلطة الأب بالنسبة للأشخاص والأموال .

فالنسبة للأشخاص لم يعد لرب الأسرة الحق في قتل أولاده ، كما تقيد حقه في بيعهم ، أو تزويجهم دون رضاهم ، وبالنسبة للأموال فقد بقي رب الأسرة هو المالك والمتصرف في أموال الأسرة ، إلا أنه منع من حرمان ورثته من التركة دون وجه حق ، كما أصبح لابن الأسرة حقوق مالية ، فله أن يتعاقد ويلتزم ، وأن يصبح دائناً ومديناً وأن يقاضي ويتقاضى ، وأن يستثمر بعض أمواله .

مصادر السلطة الأبوية :

للسلطة الأبوية في القانون الروماني ثلاث مصادر وهي : الولادة من زواج شرعي والتبنى ومنح البنوة الشرعية .

وتعتبر الولادة من زواج شرعي أهم مصدر من مصادر السلطة الأبوية ، يؤكد ذلك ما ورد في مدونة جوستنيان «أولادنا المرزوقون لنا من نكاح صحيح يكونون تحت ولايتنا » (١)

حيث يخضع الأولاد ذكورا وإناثاً لسلطة رب الأسرة ، وحتى يكون الزواج شرعياً ، يشترط له ثلاث شروط وهي الرضا والبلوغ وأهلية الزواج .

كما يعتبر التبنى المصدر الثاني من مصادر السلطة الأبوية ، ويقصد به خلق أبوية صناعية يترتب عليها آثار تماثل ما يترتب على تلك التي تنشأ من العلاقة بين الولد وأبيه من زواج شرعي .

كذلك منح البنوة الشرعية وهو عمل قانوني وبمقتضاه يمنح الأولاد المولودون من المعاشرة صفة البنوة الشرعية ، وبذلك يدخل هؤلاء في سلطة والدهم الطبيعي ، وفي أسرته الشرعية ، كما لو كانوا قد ولدوا من زواج شرعي ، وتمنح البنوة الشرعية بطرق ثلاث وهي بالزواج اللاحق بين الرجل وخليلته ،أو بإهدائه إلى المجلس البلدى أو بقرار من الإمبراطور (٢) .

---

(١) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ص ٢٠ .

(٢) « نظم القانون الروماني » محمود سلام زناتي ، ص ١٤٠ ، « القانون الروماني » صبيح مسكوني ص ٩٢ .

قلت سابقاً أن السلطة الأبوية تظل طالما رب الأسرة حياً ، فلا يتحرر ابن الأسرة إلا إذا توفى الأب ، ومع ذلك فقد وجدت طرق قانونية تقضى بموجبها إخراج الابن من السلطة الأبوية ، يمكن تصنيفها إلى مجموعتين :ـ

أولاً المجموعة الأولى : إنتهاء السلطة الأبوية مع إبقاء القرابة المدنية للابن ، وأسباب إنتهاء السلطة في هذه الحالة هي :

١ ـ موت الأب طبيعياً ، أوموته مدنياً لفقده حريته أو وطنيته : ففي هذه الحالة يتحرر الأفراد الذين كانوا خاضعين مباشرة لسلطة الأب .

٢ ـ كمنحة قانونية للابن إذا اعتلى مناصب دينية أو مدنية معينة .

٣ ـ جزاء للوالد إذا نبذ أوترك طفله ، أو حرض ابنته على الفجور ، أو في حالة الزنا بالمحارم .

ثانياً : المجموعة الثانية : تزيل السلطة الأبوية وتفصل في نفس الوقت لابن عن أسرته وأسباب انتهاء السلطة في هذه الحالة :ـ

١ ـ التبنى أو الزواج مع السيادة .

٢ ـ وفاة الابن مدنياً لفقده حريته أو وطنيته .

٣ ـ التحرير : وكان الباعث على التحرير في القانونن القديم هو عقاب الابن ببيعه خارج روما ، وذلك بإخراجه من الأسرة وحرمانه من الرابطة العائلية وما يترتب عليها من الإرث والوصية ، ولكن أصبح فيما بعد وسيلة لمكافأة الابن الراشد الذي أظهر كفادة في العمل وبرهن على مقدرته في تولي شؤونه بنفسه (١) .

أما في الإسلام فإن نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية يقوم على أسس مختلفة ممالدى الرومان ، فهو لا يعطي رب الأسرة سلطة مطلقة على أولاده ولاعلى زوجته ، فقد شرع في الإسلام الزواج والطلاق ، وفرضت النفقة للزوجة وعلى الابن ، وللابن على أبيه ، واعتبرت الزواج علاقة مودة ورحمة ، وجعلت للمرأة على زوجها المهر والنفقة ، وساوت بين المرأة والرجل

---

(١) « القانون الروماني » صبيح مسكوني ، ص ٩٥ . « القانون الروماني » توفيق حسن فرج ، ص ١٨٩ .

في جميع الحقوق تقريباً .

واعتبرت الشريعة الإسلامية السلطة الأبوية سلطة ضرورية لرعاية مصالح الابن ـ وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي الولاية على النفس ـ لم تعترف بها سلطة لصالح الأب ، ثم إنها حصرت هذ السلطة ، فلم تمنحها حق تملك الأموال العائدة إلى الأبناء متى بلغوا سن الرشد ، كما أنها لم تمنحها حق التصرف بالأموال العائدة للزوجة .

كما أن الشريعة الإسلامية حصرت السلطة الأبوية في مصدر واحد وهو الولادة من زواج شرعي (١) .

فالولاية على النفس يراد بها سلطة الولي التي تتعلق بنفس المولى عليه من صيانته وحفظه وتأديبه وتعليمه وتزويجه ، حيث أن الصغير يكون عاجزاً عن القيام بتلك الأمور بنفسه ، لأنه لا يدرك وجه المصلحة فيها ، فكان في أشد الحاجة إلى من يقوم بهذه المهمة ويسمى ذلك الشخص بالولي .

وتثبت الولاية على النفس لأقارب المولى عليه من العصبات الذكور ، وهم أصوله كالأب والجد وإن علا ، وفروعه من الأبناء وأبناء الأبناء ، وفروع الأبوين من الأخوة الأشقاء ، والأخوة لأب وأبنائهم ، وفروع الأجداد وهم الأعمام وأبنائهم ، غير أن الولاية على الانثى لا تكون إلا للعاصب المحرم (٢) .

يتبين مما سبق أن نظام السلطة الأبوية في القانون الروماني لا يوجد في الشريعة الإسلامية ، ويوجد في الشرع الاسلامي الولاية على النفس وهي تبعد كل البعد عن نظام السلطة الأبوية المقررة في القانون الروماني ، وفي المبحث القادم سوف أبين هذه الاختلافات التي بينهما .

---

(١) « الشريعة الإسلامية والقانون الروماني عزهدي يكن ، ص ١٢٠ .

(٢) « أحكام الأسرة في الإسلام » محمد مصطفى شلبي ، ص٧٩٠ .

نظام الإرث في القانون الروماني

مر نظام الإرث في القانون الروماني بتطور طويل عبر العصور المتتابعة حتى صدر المرسومين الذي أعدهما جوستنيان بخصوص تنظيم نظام الإرث .

يهدف نظام الإرث عند الرومان إلى حفظ النظام الاجتماعي والاقتصادي الذي ساروا عليه وارتضوه لأنفسهم ومن هذا النظام سلطة رب الأسرة والعشيرة ، ومن أجل ذلك نجد أن قانون الألواح الاثنى عشر سار في هذه الناحية على مبدأين :ــ

الأول : المحافظة على بناء الثروة في العائلة وحفظها من التفتت ، وتطبيقاً لهذا المبدأ حرموا أولاد البطون من الميراث وقصروه على أولاد الظهور ، لذا حرموا التوارث بين الأم وأولادها ، حرصاً على عدم تفتت الثروة ، وانتقالها لعائلات أخرى ، وما ترثه الأم من أبيها يؤول إلى أخواتها وإخوانها وغيرهم من عصبتها بعد موتها .

الثاني : المحافظة على كيان العائلة على سلطة رب الأسرة ، وتطبيقاً لهذا المبدأ حرموامن الميراث أولاد الظهور الذين زالت عنهم سلطة الآباء بسبب التبينى أو التحرير (١) .

وأسباب الميراث عند الرومان تنحصر في اثنين فقط : القرابة ، وولاء العتاقه ، ولذلك فلا ميراث للزوجة من زوجها ، لأنه لو جعلت الزوجية سبباً للميراث لأدى ذلك إلى انتقال التركة إلى غير أسرة الميت ، وهذا ينافى أحد أسس الميراث عندهم .

ويراد بالقرابة ما يمثل الأصول والفروع والحواشي « كل ميراث شرعي ، أي غير إيصائي ، لا يخرج الاستحقاق فيه عن جهات ثلاث ، هي جهة الفروع وجهة الأصول وجهة الحواشي التي تقسم عصبات وذوي أرحام » (٢) . ، والابن المتبنى يدخل من ضمن الفروع .

ويراد بولاء العتاقة : الرابطة التي تكون بين العتيق والسيد الذي من عليه بنعمة التحرير ، ومركز المعتق في ميراث عبده الذي أعتقه في القانون الروماني قوي ، أقوى من أصوله وعصبته

---

(١) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ص ٢٢٧ ، « مبادىء القانون الروماني » محمد عبدالمنعم بدر ، وعبدالمنعم البدراوي ، ص ١٨٧ .

(٢) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ص٢٢٤ .

إذ لا يتقدم عليه سوى فروع العتيق وحدهم . فهو تارةً يأخذ كل التركة إذا لم يكن للعتق ذرية ومات عن غير وصية توزع بها أمواله ، وتارةً أخرى يأخذ نصف التركة ، وتارةً يكون له نصيب مثل نصيب أحد أولاد العتيق إذا مات عن أقل من ثلاثة أولاد (١) .

ويعتبر الورثة في القانون الروماني على ثلاثة أنواع ، فالوارث قد يكون وارثاً بالضرورة أو وارثاً أصلياً وضرورياً ، أو وارثاً أجنبياً .

فالوارث الضروري هو العبد الذي اختاره سيده ليكون وارثاً له ، وأتى وصفه بالضروري من أنه بمجرد وفاة سيده يصير حراً ووارثاً جبرياً له وإن لم يرد العبد أن يكون وارثاً

والورثة الأصلاء الضروريون هم فروع الميت ـ الإبن والبنت وإن نزلوا ـ الذين يكونون في ولاية المتوفى وتحت سلطتة عند وفاة ، فهم أصلاء لأنهم من أهل البيت ، وهم ضروريون لأنهم ورثة على كل حال سواء أرادوا الوراثة أم لم يريدوها .

والورثة الأجانب هم من عدا هؤلاء وأولئك ، أي جميع الورثة الآخرين الذين لم يكونوا خاضعين لولاية المتوفى وسلطته عند وفاته ، مثل العبد الذي جعله سيده وارثاً ثم أعتقه في حياته والفروع الذين خرجوا من تحت ولايته فصاروا بذلك أجانب عنه (٢) .

والقواعد التي يتم بها توزيع الميراث عند الرومان تنحصر في ثلاث طبقات يتقدم بعضها على بعض ، فلا يرث أحد من طبقة ما إذا وجد واحد من الطبقة التي قبلها في الترتيب «كل ميراث شرعي ، أي غير إيصائي ، لا يخرج الاستحقاق فيه عن جهات ثلاث ، هي جهة الفروع وجهة الأصول ، وجهة الحواشي التي تنقسم إلى عصبات وذوي أرحام . . . . على أن تكون جهة الفروع هي الجهة الأولى في الترتيب الاستحقاق ، فيستأثر فروع الميت بميراثه ويحجبون عنه أهل الجهتين الأخرى (٣) .

---

(١) « مبادىء القانون الروماني » محمد عبدالمنعم بدر ، وعبدالمنعم البدرواي ، ص١٨٨ ، « التركة والميراث » محمد موسى ، ص ٥٩ .

(٢) انظر « مبادىءالقانون الروماني » محمد عبدالمنعم بدر ، عبدالمنعم البدراوي ، « التركة والميراث » محمد موسى ، ص ٥٤ .

(٣) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ص ٣٢٤ .

أولا : جهة الفروع :

من مات من غير وصية توريثية ، وترك واحداً من فروعه ذكراً أو انثى من إية درجة كان ، مستقلاً بشؤون نفسه ، أو خاضعاً لولاية غيره ، ففي كل الأحوال يستقل الفرع الواحد المذكور بالميراث ، ويكون له فيه الأفضلية والأولوية على جميع الأقارب الآخرين الذين من جهة الأصول أو من جهة الحواشي . ويكون حجب الفروع للأصول في الميراث بالنسبة لرقبة الأموال لا في خصوص حق الانتفاع ، فالمنافع الأخرى التي تتولد عن هذه الأموال فإنه يجوز للأصول الانتفاع بها مدى حياتهم ، وبعد موتهم تكون الأموال ومنفعتها للفروع (١) .

وإذا توفى واحد من هؤلاء الفروع في حياة أبيه وترك أولاداً ، فإن هؤلاء الأولاد يحلون في الميراث محل أبيهم ويأخذون النصيب الذي كان يستحقه لو كان حياً عند وفاة ، فيقسم هذا النصيب بينهم بالتساوى بين الذكر والانثى .

ثانياً : جهة الأصول :

إذا لم يكن للمتوفى ورثة من الفروع ، آلت تركته لأبيه وأمه وغيرهما من أصوله وحرم منها جميع قراباته من الحواشي ولا يستثنى من حكم هذه القاعدة سوى إخوة المتوفى الأشقاء ، فإنهم يشتركون مع الأب والأم فيقتسمون التركة بينهم بالتساوي ولا يفضل واحد منهم على غيره ، ولا فرق بين ذكرهم وانثاهم ، بل يكون الكل سواء في أنصبة التركة ، وإذا ترك المتوفي عدة أصول على قيد الحياة فإنه يجعل الأولوية والتفضيل لأقربهم إليه ، ذكوراً كانوا أو اناثاً ، بدون تمييز بين من كانوا منهم أصولاً من ناحية الأم أومن كانوا من ناحية الأب .

وإذا تزاحم على التركة عدة أصول من جهة الأب ومن جهة الأم ، فإن التركة تقسم بينهم مناصفة ، فنصفها يكون من جهة الأب ، والنصف الآخر للأصول من جهة الأم (٢) .

---

(١) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبالعزيز فهمي ، ص ٣٢٥ .

(٢) « مدونة جوستنان في الفقه الروماني » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ص ٣٢٧ .

ثالثاً : جهة الحواشي

وإذا لم يترك المتوفى فروعاً ولا أصولاً ، فيجعل الاستحقاق في المرتبة الأولى للإخوة والأخوات الأشقاء ، فإذا لم يترك المتوفي إخوة ولا أخوات أشقاء ، فيجعل الاستحقاق في المرتبة الثانية للإخوة والأخوات المرتبطين مع المتوفى بواسطة الأب فقط ـ الأخوة لأب ـ أو بواسطة الأم فقط ـ أي للأخوة لأم (١) .

وإذا كان للمتوفي إخوة وأخوات ومعهم فروع لأخ آخر أو لأخت أخرى توفيا قبله ، فإن هؤلاء الفروع يشتركون مع أعمامهم أوعماتهم ، أو خالهم أوخالاتهم ، فيأخذون النصيب الذي كان يستحقه أصلهم لو كان حياً ، ويقسم هذا النصيب بينهم بالتساوي سواء كانوا ذكوراً أو اناثاً أو ذكوراً واناثاً (٢) .

وعلى هذا الأساس يحجب الأخوة والأخوات الأشقاء الأخوة والأخوات لأب أو لأم ، وأولادهم يحجبون أعمامهم وعماتهم الذين هم إخوة المتوفى لأب أو لأم ، وذلك لأن أباهم هو أخ شقيق كان يحجب إخوانه وأخواته غير الأشقاء لو كان حياً فكذلك أولاده يحجبونهم حجباً تاما(٣) .

أما في الشريعة الإسلامية فيعتبر نظام المواريث أو علم الفرائض من أجل العلوم وأفضلها ويدل على ذلك أن الله جل شأنه تولى تقدير الفرائض بنفسه ولم يفوض ذلك إلى ملك مقرب ولانبي مرسل فبين ما لكل وارث وفصلها غالباً ، بخلاف سائر الأحكام كالصلاة والزكاة والحج وغيرها ، فإن النصوص فيها مجملة كقوله تعالى [وأقيموا الصلاة وأتوالزكاة] (٤) وإنما بينتها السنة كما أنزل الله في بيان فروض المواريث آيات من أول سورة النساء ومن

---

(١) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » مرجع سابق ، ص ٣٢٨ .

(٢) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » مرجع سابق ، ص ٣٢٩ ، « مبادىء القانون الروماني » محمد عبدالمنعم بدر ، عبد المنعم البدراوي ، ص٢٠٦ .

(٣) « مبادىء القانون الروماني » محمد عبدالمنعم بدر ، عبدالمنعم البدراوي ، ص ٢٠٧ ، « التركة والميراث » محمد يوسف موسى ، ص ٦٣ .

(٤) سورة البقرة آية (٤٣)

آخرها ، ووعد من أطاعه في تنفيذها على الوجه المشروع ، وتوعد من تعدى هذه الحدود .

ويهدف نظام الإرث في الإسلام إلى إيصال الحقوق إلى مستحقيها كما في الحديث النبوي «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » (١) . وإلى تقوية أواصر القرابة بين الوارث والمورث ، حيث أحكم الصلة بينهم بوشيجة الرحم قال سبحانه وتعالى [وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله] (٢) ، فهو يقدم الذرية بالإرث على الأصول وعلى بقية القرابة ومع هذا فلم يحرم الأصول ولا بقية القرابات بل جعل لكل نصيبه ، فيطمئن الإنسان الذي بذل جهده في ادخار شيء من ثمرة عمله إلى أن نسله لن يحرم ثمرة هذا العمل وأن جهده سيرثه أهله من بعده مما يدعوه إلى مضاعفة الجهد ، كما يهدف إلى احترام الإسلام للملكية الفردية إذ أنه يسلم الثروة التي يخلفها الميت إلى يد وارثه موفورة محترمة قال ﷺ (٣) « من ترك مال فلورثته » (٤) .

والميراث في الشريعة الإسلامية يتوقف على توفر أسباب وانتفاء موانع ، فأسباب الإرث المجمع عليها بين الفقهاء ثلاثة وهي الزوجية والنسب أوالقرابة والولاء وأما المختلفة فيها فهي جهة الإسلام ، والولادة والمعاقدة ، والإلتقاط .

وموانع الإرث تنقسم إلى قسمين ، قسم مجمع عليه بين الفقهاء وهي ثلاثة أنواع : رق وقتل واختلاف دين ، وقسم مختلف فيه وهي اختلاف الدار فيما بين الكفار، والردة (٥) .

والمجمع على إرثهم من الرجال خمسة عشر على سبيل البسط وهم الابن وابن الابن وإن نزل بمحض الذكور ، والأخ الشقيق ، والأخ لأب ، والأخ لأم ، وابن الأخ الشقيق وإن نزل بمحض الذكور ، وابن الأخ لأب وإن نزل بمحض الذكور ، والعم الشقيق وإن علا ، والعم لأب

---

(١) رواه الخمسة إلا أبا داوود وصححه الترمذي في كتاب الوصايا ، باب ماجاء الوصية لوارث ، ح رقم ٢١٢١ ، ج ٤/٤٣٦.

(٢) سورة الأنفال آية (٧٥)

(٣) فتح الباري شرح صحيح البخاري ، كتاب الاستقراض ، باب الصلاة على من ترك ديناً ، ح رقم ٢٢٦٨ ،ج ١٢ ، ص ٩ .

(٤) « ظلال القرآن » سيد قطب ، ج ١ ص ٥٩٧ .

(٥) انظر « حاشية الباجوري على شرح الرحبية » ص ٥٤ ، « الرحبية في علم الفرائض » سبط المارديني » ص ٢٩ .

وإن علا ، وابن العم الشقيق وإ ن نزل ، وابن العم لأب وإن نزل ، والزوج ، والمعتق وعصبة المتعصبون لأنفسهم ، والدليل على توريثهم الكتاب والسنة والإجماع

وأما المجمع على توريثهم من النساء عشر على سبيل البسط وهم : البنت وبنت الابن وإن نزل أبوها بمحض الذكور ، والأم ، والجدة من جهة الأم ، والجدة من قبل الأب وأمها المدليات باناث خلص ، والأخت الشقيقة ، والأخت لأب ، والأخت لأم ، والزوجة ، والولاء (١) .

والإرث في الشريعة الإسلامية نوعان هما فرض وتعصيب * ، والورثة ينقسمون من حيث الإرث بهما إلى أربعة أقسام ، القسم الأول من يرث بالفرض فقط وهم سبعة : الأم وولدها ـ أي الأخ لأم والأخت لأم - والجدة من جهة الأم والجدة من جهة الأب والزوج والزوجة ، والقسم الثاني يرث بالتعصيب فقط وهم اثنا عشر : الابن ، وابن الابن ، والأخ الشقيق ، والأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق ، وابن الأخ الأب ، والعم الشقيق ، والعم لأب ، وابن العم الشقيق ، وابن العم لأب ، والمعتق ، والمعتقة ، والقسم الثالث : من يرث بالفرض تارة وبالتعصيب تارة ويجمع بينهما تارة أخرى وهما اثنان : الأب والجد ، والقسم الرابع : من يرث بالفرض تارة وبالتعصيب تارة ولا يجمع بينهما أبداً وهم أربعة : البنت فاكثر ، وبنت الابن فاكثر وإن نزل أبوها ، والأخت الشقيقة فاكثر ، والأخت لأب فاكثر (٢) .

والفروض المقدرة في كتاب الله وتعالى ستة وهي : النصف والربع والثمن ، والثلثان والثلث والسدس ، والسابع ثبت بالاجتهاد وهو ثلث الباقي للأم في مسئلة العمريتين ، والجد في بعض أحواله ، ولكل من هذه الفروض ورثة يستحقونها عند توفر الشروط اللازمة لذلك .

واختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في توريث ذوي الأرحام والمراد بهم كل قريب ليس بذي فرض ولا عصبة . ويتوسط بينه وبين الميت في الغالب انثى ، مثل ابن البنت ، وسبب اختلاف

---

(١) انظر « حاشية الباجوري على شرح الرجبية » ص ٦٥ ـ ٦٩ ، « العذب الفائض شرح ألفية الفرائض » ص ٤٢ ـ ٤٣ .

* « التعصيب هو الإرث بلا تقدير » ، انظر « حاشية الباجوري على شرح الرحبية » ص ١٠٥ .

(٢) انظر « حاشية الباجوري على شرح الرحبية » الشنشوري » ، ص ١١٤ ، ١١٥ .

الفقهاء في توريث ذوي الأرحام عدم ورود نص صريح وقطعي يثبت إرثهم أو ينفيه كما ورد في غيرهم من الورثة (١) .

مما سبق يتبين اختلاف نظام الإرث في الشريعة الإسلامية عن نظام الإرث في القانون الروماني ، وسوف أبين هذه الاختلافات بين النظامين في المبحث القادم .

---

(١) انظر « المغني » لابن قدامة ، ج ٦ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

حكم السرقة في القانون الروماني

جاء تعريف السرقة في القانون الروماني بأنها : نقل شيء من مستقره غشاً واختياناً ، سواء كان هذا الاختلاس واقعاً على الشيء نفسه أو على استعماله ، أوعلى حيازته (١) .

كما تم تعريفها بالقاعدة الفقهية « السرقة اختلاس شيء مملوك للغير بقصد الاستفادة به » (٢) .

والسرقة في القانون الروماني نوعان : مكشوفة ومستورة فالسارق المكشوف تطلق على من يرتكب فعل السرقة ، كما تصدق على من يقبض عليه في محل ارتكاب هذا الفعل وذلك كمن يقترف سرقة في دار ويقبض عليه قبل خروجه من بابها ، أو كمن يسرق من حائط زيتون أو كرم عنب ويكون مازال فيه وقت القبض عليه ، وكذلك إذا شوهد السارق أو قبض عليه في محل عام أوخاص وهو حامل الشيء المسروق من قبل أن يصل إلى المكان الذي كان يريد إيداعه فيه ، سواء كان رائيه أو القابض عليه هو صاحب الشيء أو شخص غيره أما إذا كان الشيء المسروق قد وصل فعلاً إلى المكان المراد وضعه به ، فالسارق لا يعتبر مرتكباً لسرقة مكشوفة ولو كان عند القبض عليه لا يزال ممسكاً بالشيء المذكور (٣) .

إما السرقة المستورة فهي كل سرقة لم تذكر ضمن ما تقدم فتعتبر سرقة مستورة ، ويطلق على السرقة المكشوفة بالسرقة في حالة تلبس ، ويطلق على السرقة المستورة بالسرقة التي لا يضبط سارقها متلبساً .

وباستعراض تاريخي للسرقة في القانو ن الروماني نجد أنه قد حدث تطور لمفهوم السرقة كما حدث تغير للجزاء المقرر لها في العصور المختلفة

فقد نص قانون الألواح الاثنى عشر على جزاءات متنوعة للسرقة ، وتختلف هذه الجزاءات تبعاً لاختلاف نوع السرقة ، فقد فرق قانون الألواح الاثنى عشر بين السرقة التي يضبط فيها

---

(١) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ص٣٩٤ ، «قواعد وآثار فقهية ورمانية » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ص ٨٠

(٢) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » مرجع سابق (ك ٤ ، ب ١ ، ص١ ، ص ٢٤٥) .

(٣) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » مرجع سابق (ك ٤ ، ب ١ ، ص٣ ٢٤٦) .

السارق متلبساً والسرقة التي لا يضبط فيها السارق متلبساً ، فجعل جزاء السرقة في حالة التلبس بضرب السارق إذاكان حراً بالغاً وإلحاقه بالمجني عليه ـ وكان يحق للمجني عليه عندئذ بيعه خارج روما كرقيق ، أو الاحتفاظ به والاستفادة من عمله ـ وضربه فحسب إذا كان قاصراً.

أما إذا كان السارق عبداً فكان جزاؤه الضرب ثم القذف به من أعلى صخرة معينة ، تعرف بتل تار بيوي .

وأجاز قانون الألواح الاثنى عشر للمجني عليه في السرقة قتل السارق إذا ضبطه متلبساً في حالة ارتكاب السارق السرقة ليلاً أو معه سلاح .

أما جزاء السرقة التي لا يضبط فيها السارق متلبساً فكان جزاؤه إلزام السارق بدفع قيمة الشيء المسروق (١) .

وفي عصر الجمهورية تطور مفهوم محل السرقة ، فقد يكون محل السرقة عقاراً ، مثال ذلك لو أن مزارعاً باع حقلاً كان قد استأجره ، اعتبر أنه سارق ، وكذلك اعتبر المودع الذي رفض تسليم من فاز في رهان قيمة الرهن الذي عهد إليه به ، بأنه سارق .

وفي عصر الإمبراطورية قصر مفهوم السرقة على المنقولات ، إلا أن مفهوم السرقة ظل في هذا العصر أكثر اتساعاً من ذي قبل ، فالسرقة في هذا العصر قد تنصب على الشيء ذاته ، وقد تنصب على المنفعة أو على حيازة الشيء .

وتكون السرقة التي تنصب على ذات الشيء ، يكون ذلك في الحالة التي يكون الهدف من السرقة الاستيلاء على الشيء بدون وجه حق ، وتتمثل السرقة التي تنصب على المنفعة كما لو قام شخص يحوز شيئاً مملوكاً للغير باستعماله دون حق ، أو على غير ما يقضى به الاتفاق بينهما ، وذلك كما لو قام المودع لديه باستعمال الشيء المودع ، أو الوكيل بالتصرف لصالحه في المبالغ التي عهد إليه بها ، أو كمن يستعير حصاناً للقيام بسفر خاص ثم يستعمله في الحرب ، أما سرقة الحيازة فهي الجريمة التي يرتكبها المالك باستيلائه دون حق على الشيء

---

(١) «نظم القانون الروماني » محمود سلام زناتي ، ص ٢٩٠ ، « القانون الروماني » صبيح مسكوني ، ص ٤٥٠

المملوك له ، كالمدين الراهن الذي يستولي على الشيء الذي رهنه ضماناً للوفاء بدينه ، فيستولي عليه قبل الوفاء للدائن بحقه (١) .

ومن الاستحداثات التي قام بها جوستنيان أن جعل جزاء السرقة المكشوفة أربعة أمثال المسروق سواء كان السارق حراً أو رقيقاً ، وجزاء السرقة المستورة المثلان ، وليس المراد بالأربعة الأمثال أوالمثلان هو قيمة ذات الشيء المسروق ، بل المراد من ذلك قيمة الضرر الذي عاد على المجني عليه من سرقته ، كالضرر الذي يعود من سرقة المستندات والمخالطات ، أو من سرقة العبد .

فقيمة ما تفيده تلك المستندات أو قيمة الضرر الذي عاد على السيد بسبب السرقة ، تلك هي المعتبرة ، والتي يحق للمجنى عليه أن يطالب أربعة أمثالها أو مثليها بحسب نوع السرقة(٢)

أما في الشريعة الإسلامية فقد حذرت من ارتكاب المحرمات على وجه العموم ــ وتعتبر السرقة إحدى المحرمات ــ منذرة بعقوبة الأخرة على صورة تثير في نفوس المؤمنين شدة الخوف من الإقدام على شيء منها ، وتدفع في الوقت نفسه عن المجتمع كثيراً من شرورها ، ثم وضعت لبعض الجنايات عقوبات دنيوية إلى جانب العقوبات الأخروية حتى يتآزر في دفعها وزجر الناس عنها رادع الدين ورادع السلطان .

والسرقة لها آثار سيئة في حقوق الأفراد والجماعات ، لذلك جعلت لها الشريعة الإسلامية عقوبة دنيوية على الحاكم تطبيقها وتنفيذها (٣) .

فعرف صاحب الهداية السرقة بأنها : أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستتار(٤).

وحكم السرقة إذا ثبتت فالواجب فيها القطع من حيث هي جناية والغرم إذا لم يجب

---

(١) « نظم القانون الروماني » محمود سلام زناتي ، ص ٢٩٢ ، « القانون الروماني » صبيح مسكوني ، ص ٤٥٢

(٢) « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، { ك٤ ، ب ١ ،ف ٥ ، ص ٢٤٧ } .

(٣) « فلسفة العقوبة في الإسلام » أبو زهرة ، ص ٢٩

(٤) « شرح العناية على الهداية » ج ٥ ، ص ٣٥٤ .

القطع ، وذلك لقوله تعالى [والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءاً بما كسبا نكالاً من الله ، والله عزيز حكيم] (١) وقوله ﷺ عن عائشة رضي الله عنها « إنما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه » وفي رواية « أقاموا عليه الحد » (٢) .

ويشترط لإقامة حد السرقة شروط ، بعضها في السارق ، وبعضها في المسروق ، وبعضها في المسروق منه ، وبعضها في المسروق فيه وهو المكان .

فيشترط في السارق توافر أهلية وجوب القطع وهي العقل والبلوغ ، فلا يقطع الصبي والمجنون لقوله ﷺ « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » (٣) ، وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بأنه جناية .

ويشترط في المسروق عدة شروط منها :-

١ ـ أن يكون المسروق مالاً متقوماً :-

والمراد بالمال ما يتموله الناس ويعدونه مالاً ، حتى يشعر بعزته وخطره عندهم وما لا يتمولونه فهو تافه وحقير ، ولا تقطع اليد في الشيء التافه ، كما كان عليه عهد رسول الله ﷺ فلو سرق شخص خمراً ، أو خنزيراً ، أو جلد ميتة فلا تقطع يده .

٢ ـ إن يكون المال المسروق مقدراً :-

أي له نصاب ، فلا يقطع السارق في الشيء التافه ، واختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في مقدار النصاب فذهب الجمهور : أن نصاب السرقة ربع دينار شرعي من الذهب ، أو ثلاثة دراهم شرعية خالصة من الفضة ، وذهب الأحناف : أن نصاب السرقة ديناراً أو عشرة دراهم(٤) .

---

(١) سورة المائدة أية ٣٨

(٢) رواه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داوود والنسائي عن عائشة « جامع الأصول ١٤/ ٣١٤ » .

(٣) رواه أحمد والأربعة إلا الترمذي وصححه الحاكم وأخرجه ابن حبان ، أبو داوود ، كتاب الحدود حديث رقم ٤٣٩٨، ج ٤ / ٤٨٠ .

(٤) انظر « المبسوط » للسرخي / ج ٩ ص ١٣٧ . ، « المغني » لابن قدامة ٨/ ٢٤٨ .

٣ ـ أن يكون المسروق محرزاً مطلقاً ، مقصوداً بالحرز

وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء لقوله ﷺ « لا قطع في ثمر ولا كثر* حتى يؤديه الجرين ، فإذا أواه لجرين ، ففيه القطع » وفي رواية « فإذا أواه المراح ** أوالجرين *** » (١)

والحرز هو ما نصب عادة لحفظ أموال الناس كالدار والحانوت والخيمة ، وهو نوعان : حرز بنفسه : وهو كل بقعة معدة للإحراز ، ممنوع الدخول فيها إلا بالاذن ، كالدور والخيام ، والخزائن والصنادق . وحرز بغيره : وهوكل مكان غير معد للاحراز يدخل إليه بلا اذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق ، وهذا حكمه حكم الصحراء ، إذا لم يكن هناك حافظ ، فإذا كان هناك حافظ قريب من المال يمكن حفظه فهو حرز ، ولا يجب القطع حتى ينفصل المال من جميع الحرز(٢) .

٤ ـ أن يكون المسروق أعياناً ، قابلة للادخار والإمساك ، ولا يتسارع إليه الفساد . وهذا الشرط مختلف فيه بين الجمهور والأحناف ، فمذهب الجمهور القطع في كل الأموال المتمولة التي يجوز بيعها وأخذ العوض عنها سواء أكانت طعاماً أو ثياباً أو حيواناً أو أحجاراً ، أو صيداً أ زجاجاً ونحوها لعموم قوله تعالى [والسارق والسرقة فاقطعوا أيديهما] ، لأن هذا مال يتمول عادة ويرغب فيه ، فيقطع سارقه إذا اجتمعت فيه شروط السرقة ، وذهب الأحناف ، لا قطع فيما يتسارع إليه الفساد ودليلهم قوله ﷺ « لا قطع في ثمر ولا كثر .... الخ » (٣)

٥ ـ أن يكون المال المسروق معصوماً ، ليس فيه حق الأخذ ولا تأويل الأخذ ، ولا شبهة التناول : وسبب اشتراط هذا الشرط : أن القطع عقوبة محضة ، فيستدعى جناية محضة ، وأخذ ما له حق أخذه لا يكون جناية أصلاً ، فلا يستدعى عقوبة ، فلذلك لا يقام الحد على سائر

---

* الكثر : هو جمار النخل ، أي الجزء الأبيض الغض من قلب النخل

* * المراح : حرز الأبل والبقر والغنم الذي تأوى إليه ليلاً .

* * * الجرين : حرز التمر الذي يجفف فيه ، مثل البيدر للحنطة .

(١) « سنن أبي داود » كتاب الحدود ، باب لايقطع في ثمر ولاكثر ، حديث رقم ٢١٠١ ، ج٤ / ٥٤٩ .

(٢) انظر « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » لابن رشد ، ج ٢ ، ص ٤٤٠ ، « المغني لابن قدامة » ، ج ٨ ، ٢٤٩

(٣) « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » لابن رشد ، ج٢ ، ص ٤٤١ ، « المبسوط السرخسي » ، ج ٩ ص ١٣٩ .

الأموال المباحة التي لا مالك لها ، وكذلك من سرق مال الحربي المستأمن في دار الإسلام ، لا يقطع استحساناً ، لأن في ما له شبهة الإباحة ، وكذلك مال المسلم أو الذمي إذا سرقه الحربي المستأمن لإعتقاده إباحته (١) .

٦ ـ ألا يكون للسارق في المسروق ملك أو شبهة تأويل ملك .

فمن سرق من بيت المال فلا يقطع لأنه مال العامة ، ويكون له فيه ملك وحق .

٧ ـ ألا يكون السارق مأذوناً له بالدخول في الحرز ، أو فيه شبهة الاذن .

فإذا سرق إنسان من ذوي الرحم المحرم ، أو من زوجته ، فلا تقطع يده لأنه يدخل عادة بدون اذن ، وكذلك لا قطع على خادم قوم سرق أمتعتهم ، ولا على ضيف سرق متاع مضيفه(٢) إلى غير ذلك من الشروط التي وضعها الفقهاء في ذلك .

ويشترط في المسروق منه أن تكون له يد صحيحة ، واليد الصحيحة ثلاث أنواع : يد ملك ، ويد الأمانة مثل الوديع والمستعير ، والشريك المضارب ، ويد الضمان مثل يد الغاصب ، والقابض على سوم الشراء ، والمرتهن (٣) .

وشروط المسروق فيه وهو مكان السرقة . يشترط إن تكون السرقة في دار العدل ، فلو سرق في دار الحرب أو في دار البغي لا يقطع لأنه لا ولاية للإمام على غير دار العدل (٤) وكذلك اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على أنه ليس في الإختطاف أو الخيانة ، أو الاختلاس ، أو النهب ، أو الغصب حد لقوله ﷺ « ليس على الخائن ولا المختلس قطع » (٥)

مما سبق يتبين وجود اختلافات في تعريف أو شروط أو جزاء السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني وفي المبحث القادم أوضح هذه الاختلافات .

---

(١) « العقوبات الشرعية وأسبابها » على قراعة ، ص ١٤٦ .

(٢) « المبسوط » للسرخسي ج ٩ ص ١٥١ .

(٣) « المهذب » للشيرازي ، ج ، ص ٢٨١ .

(٤) « المهذب » للشيرازي ، ج ٢ ، ص ٢٨٢ .

(٥) رواه أحمد وأصحاب السنن وصححه الترمذي وابن حبان « جامع الأصول ج ٤ ، ص ٣٢١ » .

نظام الموت المدني

يعتبر نظام الموت المدني من الأنظمة السائدة في القانون الروماني ، كما وضع القانون الروماني الأحكام والقواعد التي يسير عليها .

فإذا كانت الشخصية القانونية ـ كقاعدة عامة ـ تثبت للإنسان ، فإن القانون الروماني لم يكن يعترف بها لكل إنسان ، ولكي تثبت الشخصية القانونية في القانون الروماني للإنسان ، كان يلزم توفر ثلاث شروط وهي أن يكون حراً ومواطناً رومانياً ورب أسرة غير خاضع لسلطان غيره وهذا ما تؤكده القاعدة الفقهية « ثلاث هن لنا بالضرورة : الحرية والجنسية والعائلة »(١).

ونتيجة لجعل الشخصية القانونية في القانون الروماني تقوم على عناصر ثلاث وهي الحرية والوطنية والصفة العائلية ، فإنه إذا فقد الشخص عنصراً من عناصرها ، زالت الشخصية القانونية عن صاحبها قبل وفاته الطبيعية ، وهذا ما يسمى بالموت المدني " Capitis deminutis " (٢) .

فيتحقق الموت المدني ، بفقد الحرية ، أو الوطنية أو الصفة العائلية ، وهذ الحالات الثلاث تقابل درجات الموت المدني ، ففي حالة فقد الحرية يعتبر الموت من الدرجة القصوى ، وفي حالة فقد الوطنية يعتبر الموت من الدرجة الوسطى ، وفي حالة تغير الصفة العائلية يعتبر الموت من الدرجة الدنيا .

ـ فالموت المدني في درجة القصوى يكون ذلك في حالة فقد الحرية ، إذ أن فقد الحرية يستتبع فقد الوطنية والصفة العائلية ، ويتحقق هذا إذا وجد سبب من أسباب الرق .

ـ والموت المدني من الدرجة الوسطى يكون ذلك إذا فقد الشخص الوطنية أو الرعوية الرومانية ويتحقق ذلك باكتساب جنسية أجنبية ، أو بالحكم عليه بالنفي ، وفي هذه الحالة تظل صفة الحرية .

---

(١) انظر « الموجز في النظم القانونية عند الرومان » كوك ، ص ١١٠ ـ ١١٢ .

(٢) « قواعد وآثار فقهية رومانية » ترجمة عبدالعزيز فهمي ص ١ / ١٢٣ ، « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، ص ٣٧١

ـ أما الموت المدني من الدرجة الدنيا : يكون ذلك في حالة فقد الشخص حقوقه العائلية فقط في أسرته الأصلية ، مع احتفاظه بحريته وصفة الوطنية ، ويتحقق ذلك في حالة خضوع المستقل بحقوقه لسلطة غيره ، ويكون ذلك في حالة تبني المستقل بحقوقه ، وفي حالة الزواج مع السيادة ، إذا كانت الزوجة مستقلة بحقوقها من قبل (١) .

وتختلف الآثار التي تترتب على الموت المدني باختلاف درجاته ، ففي الدرجة القصوى يصبح الشخص عبداً ، ويحرم بالتالي من جميع الحقوق ، وفي الدرجة الوسطى يصير الشخص أجنبياً أولاتينياً بعد أن كان رومانياً ، وفي درجة الدنيا يصير الشخص إما مستقلاً بحقوقه ، أو تابعاً لغيره يدخل في أسرة جديدة .

وبصفة عامة يترتب على الموت المدني في درجاته الثلاث انقضاءالشخصية القانونية في نظر القانون المدني ، سواء حلت محلها شخصية جديدة أم لم تحل ، وسواء كانت الشخصية الجديدة ناقصة أم عاملة ، كما يترتب زيادة علي ذلك آثار مشتركة بين الحالات الثلاث ، منها ما يتعلق بالحقوق العائلية ، ومنها ما يتعلق بالحقوق المالية (٢) .

ـ بالنسبة للحقوق العائلية : يترتب على الموت المدني قطع جميع الروابط العائلية ، وتبعاً لذلك يفقد جميع الحقوق المترتبة عليها ، فإذا كان رب لأسرة يفقد السلطة الأبوية ، وإذا كان وصياً شرعياً انقضت وصايته ، كما يفقد حقوقه في الإرث وغيرها ، على أن الموت المدني لا يؤثر على العلاقات القانونية المبنية على القرابة الطبيعية مع كل ما يترتب عليها من نتائج ، كأسباب تحريم الزواج بين المحارم .

ـ أما بالنسبة للحقوق المالية : فيترتب على الموت المدني أثان ، أثر ناقل للحقوق ، وأثر مسقط للحقوق .

ـ أما بالنسبة للأثر المسقط : فيترتب عليه ـ الموت المدني ـ سقوط بعض الحقوق المالية على من فقد شخصية القانونية ، فينقضى حق الانتفاع ، وحق الاستعمال المقرران له على

---

(١) « القانون الروماني » صبيح مسكوني ، ص ١٠٩ ، « القانون الروماني » توفيق حسن فرج ، ص٢١٠ .

(٢) « القانون الروماني » صبيح مسكوني ، ص ١١١ ، «القانون الروماني » توفيق فرج ، ص ٢١٠ .

مال مملوك للغير ، والحقوق الناشئة عن عقد الشركة ، كما تعتبر وصية باطلة إذا كانت له وصية ، وتنقضى كذلك ديونه التعاقدية التي كانت مقررة في ذمته ، فيبرأ منها المتبني الذي كان مستقلاً بحقوقه ، غير أن هذا الحكم لا يسري بالنسبة للديون الناشئة عن الجرائم .

وأما بالنسبة للأثر الناقل : فتنتقل حقوق من فقد شخصية القانونية إلى من كان سبباً في موته المدني ، كالدولة التي حرمته وطنيته أو إلى الزواج في حالة الزواج مع السيادة ، أو إلى المتبني . ولما كانت هذه الأحكام منافية *للعدالة* ، إذ كانت تسمح للشخص المستقل بحقوقه أن يتخلص من ديونه بوضع نفسه تحت سلطة غيره بطريق التبنى ، فيكتسب المتبنى مايكون للمتبني من الأموال دون أن يلتزم بدفع ديونه ، فقد تدخل البريتور لإجبار من آلت إليه أموال الميت مديناً على دفع ديونه من الأموال التي آلت إليه تطبيقاً لقاعدة : لا تركة إلا بعد سداد الدين ، كما اعطى البريتور الحق للدائنين مقاضاة من فقد شخصية القانونية في حالة الموت المدني من الدرجة الصغرى

وفي عهد جوستنيان أبقى على اصلاحات الإمبراطور ، وتقرر عدم انقضاء حق الانتفاع نتيجة الموت المدني من الدرجة الصغرى ، وعدم خروج الميت المدني عن أسرته وعدم انفصاله نتيجة لإحلال القرابة الطبيعية محل القرابة المدنية (١)

أما الشريعة الإسلامية فلم تعترف سوى بالشخصية الطبيعية ، فالإنسان هو الذي يكتسب الحقوق ، وهو الذي يقبل الالتزامات (٢)

ومع أن الشريعة الإسلامية تقول بابتداء الشخصية القانوية بولادة الإنسان وبانتهائها بوفاته ، إلا أنها لم تعرف « نظام الموت المدني » المقرر في القانون الروماني لأنه لا يقيد اكتساب الشخصية القانونية بتوافر العناصر الثلاثة المقررة في القانون الروماني بل هو يقرر الشخصية القانونية للإنسان بصفة إنسان دون تفرقة بين مسلم وغير المسلم ، ولا بين رب أسرة

---

(١) « القانون الروماني » مصطفى عمر ص ٢٣٢ « القانون الروماني » صبيح مسكوني ، ص ١١٢ « القانون الروماني » توفيق فرج ص ٢١٢ .

(٢) « القانون الروماني والشريعة الإسلامية » زهدي يكن ، ص ١٢١ .

وابن أسرة ، على أن أحكام الرقيق في الشريعة الإسلامية مختلفة بعض الشيء عن أحكام الحر، كما أن غير المسلمين ـ وهم أهل ذمة ـ لهم أحكام خاصة بهم ، فلهم ما للمسلين وعليهم ما على المسلمين إذا تقيدوا بالشروط المفروضة عليهم من قبل المسلمين (١) .

---

(١) « تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية » صوفي أبو طالب ، ص ٣١٠ .

المبحث الثاني :

بيان أوجه الاختلاف في المعنى والنشأة والمصدر في تلك النماذج

تعرضت في المبحث السابق لبعض القواعد والأحكام الفقهية بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني وذلك لتأكيد تفنيد مزاعم بعض المستشرقين بأن الشريعة الإسلامية ليست مقتبسة من القانون الروماني وعندما يستعرض القارئ لهذه القواعد والأحكام الفقهية يتضح له أن بعض القواعد والأحكام الفقهية لا توجد في الشريعة الإسلامية ، والبعض الآخر مشترك بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني إلا أنه يوجد اختلافات بينهما في المعنى والنشأة والمصدر في تلك القواعد والأحكام ، لذا فإنني في هذا المبحث أقوم ببيان تلك الاختلافات .

قاعدة " الموت يعفى من جميع التبعات"

تكلمت في المبحث السابق عن القاعدة الرومانية " الموت يعفى من جميع التبعات " ، والتي عبروا عنها بعدة ألفاظ والتي يهدف منها إلى انتقال جميع حقوق والتزامات المورث إلى الورثة ، فيلتزم الورثة بدفع ديون المورث ولو كان ذلك من حقوقهم الخاصة ، ويرجع سبب ذلك إلى أن القانون الروماني اعتبر ذمة الوارث امتداداً لذمة المورث .

كذلك قلت إن هذه القاعدة الرومانية لا توجد في الشرع الإسلامي . بل إنها تخالف مبدأ توزيع التركة المقرر في الشريعة الإسلامية .

فقبل أن يشرع في توزيع التركة على الورثة ، فإنه تتبع خطوات قبل أن يأخذ كل وارث نصيبه منها . فأول ما يخرج من التركة تجهيز الميت ، فإذا بقي من التركة ما يتسع لوفاء الدين أخرج الدين كله سواء كان لله أو للأدميين ، فإذا بقي من التركة بعد التجهيز وقضاء الدين شيء أخرج من ذلك الوصية في حدود الثلث ، ولا يخرج منه ما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة ، فإذا بقي بعد ذلك شيء وزع على الورثة كل بحسب نصيبه المقرر له شرعاً . على أن الورثة لا يتحملون شيئاً من ديون التركة (١) .

---

(١) " الميراث والوصية في الإسلام " محمد زكريا البرديسي ، ص ١٨ .

فمما سبق يتبين وجود اختلافات فمن تلك الاختلافات التي بينهما :

- يعتبر مصدر توزيع التركة في القانون الروماني هم فقهاء الرومان الذين لهم الحق في التشريع والمبنى على الرأي وما وجدوه من أعراف وتقاليد ، بينما يعتبر مصدر توزيع التركة في الشريعة الإسلاميةالكتاب والسنة .

- جعل القانون الروماني على الورثة تحمل حقوق والتزامات المورث ، بينما لم تجعل الشريعة الإسلامية ذلك وهذا راجع إلى قوله تعالى " ولا تزر وازرة وزر أخرى " (١) . وقوله تعالى " من بعد وصية يوصى بها أو دين " (٢) .

- تعتبر هذه القاعدة الرومانية تخالف الحديث النبوي الشريف فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعوا له " (٣) وعنه أنه قال : قال رسول الله ﷺ " إن مما يلحق المؤمن من عمله وحسناته بعد موته علماً علمه ونشره ، وولداً صالحاً تركه ، أو مصحفاً ورثه ، أو مسجداً بناه ، أو بيتاً لابن السبيل بناه ، أو نهراً أجراه أوصدقة أخرجها من ماله في صحته وحياته تلحقه بعد موته » (٤) .

وهذاراجع إلى أن القانون الروماني كغيره من القوانين الوضعية التي لا تقوم على أساس الإيمان بالله ولا باليوم الآخر ولا تربط بين الدنيا والآخرة فجل القوانين الوضعية تحاسب الفرد أو الجماعة وتضع القوانين لذلك على ما يفعله في الدنيا دون النظر إلى الآخرة .

أما الشريعة الإسلامية فمن أركانها الإيمان بالله وباليوم الآخر ، فإن من لم يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يعتبر مؤمناً بل كافراً خالداً مخلداً في النار . قال تعالى { آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون كل آمن بالله وملائكته وكتبه ورسله لا نفرق بين أحد من رسله وقالوا

---

(١) سورة الأنعام آية ١٦٤.

(٢) سورة النساء آية ١١ .

(٣) رواه مسلم .

(٤) رواه ابن ماجه بإسناد حسن ، وصحيح ابن خزيمة .

سمعنا وأطعنا غفرانك ربنا وإليك المصير } (١) ، وقوله تعالى { ومن يكفر بالله وملائكته وكتبه ورسله فقد ضل ضلالاً بعيدا } (٢) .

وإن المسلم يؤمن إيماناً يقيناً بأن ما يفعله في الدنيا سواء كان خيراً أو شراً سوف يحاسب به يوم القيامة ، قال تعالى { فمن يعمل مثقال ذرة خير يره ، ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره } (٣) .

لذلك حثت الشريعة الإسلامية على فعل الخير واجتناب النواهي والمحرمات ، قال تعالى {من عمل صالحاً من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فلنحيينه حياة طيبة ولنجزينهم أجرهم بأحسن الذي كانوا يعملون } (٤) .

الطلاق وقاعدة " التفريق بين الزوجين هو الحيلولة بينهما في الفراش والمائدة "

كذلك تعرضت في المبحث السابق للطلاق في القانون الروماني وقاعدته لديهم ، والطلاق في الشريعة الإسلامية .

وقلت إن الطلاق في القانون الروماني قد يقع إجبارياً أو اختيارياً وأنه يقع من كلا الزوجين ، وكذلك تكلمت عن الاستحداثات التي قررها الأباطرة الرومان والعقوبات التي فرضوها لمن يسيء حق الطلاق حتى ما وصل إليه الطلاق في عصر جوستنيان .

كذلك بينت الطلاق في الشريعة الإسلامية ، فرغم أن الشريعة قد أباحته إلا أنه مكروه وذلك لقوله ﷺ « أبغض الحلال عند الله الطلاق » (٥) .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٥ .

(٢) سورة النساء آية ١٣٦ .

(٣) سورة الزلزلة آية ٧، ٨ .

(٤) سورة النحل ، آية ٩٧ .

(٥) سنن أبي داود ، كتاب الطلاق ، باب كراهية الطلاق ، حديث رقم ٢١٧٨ ج ٣ / ص ٢٥٥ .

ويتبين للقارئ وجود اختلافات جوهرية عندما يستعرض الطلاق في كلٍ من القانون الروماني والشريعة الإسلامية برغم كونه من الأحكام المشتركة فمن ذلك :

ـ إن القاعدة الفقهية التي وضعها فقهاء الرومان في الطلاق لا توجد في الشريعة الإسلامية .

ـ إن مصدر أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية هي الكتاب والسنة فبينت نصوص الكتاب والسنة حكم الطلاق وما يترتب على ذلك ، بينما مصدر أحكام الطلاق في القانون الروماني هم الأباطرة فحددوا الأحوال التي يمكن فيها وقوع الطلاق ووضعوا كذلك عقوبات وجزاءات لمنع إساءة استعماله ، على أن الإصلاحات التي قرروها في تنظيم الطلاق كان بسبب إعتناق بعضهم للمسيحية .

ـ يعتبر الطلاق في القانون الروماني حقاً لكل من الزوج والزوجة ، فيستطيع كل منها أن يطلق الآخر ، بينما الطلاق في الشريعة الإسلامية حق خاص بالزوج وهذا راجع إلى نصوص الكتاب والسنة التي أسندت الطلاق إلى الرجل من ذلك قوله تعالى : { ياأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن } (١) وقوله تعالى : { إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحهن بمعروف } (٢) ، وإلى حق الرجل في القوامة والرئاسة فيما يتعلق بشؤون الزوجية قال تعالى { الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما أنفقوا من أموالهم } (٣) ، فهو الذي يتحمل أعباءها ، فهو ملزم بمهر الزوجة ونفقات الزواج ، وملزم بالإنفاق على الزوجة من يوم العقد ولو لم تنتقل إلى بيته ، وملزم بالإنفاق عليها وعلى أولادها ، وكذلك لتميزه بالعقل والاتزان والتعقل والتريث في الأمور ، بينما خلقت المرأة على طباع وسجايا لا توجد غالباً في الرجل ، فهي سريعة التأثر والغضب ، تساير عاطفتها في اتخاذ المواقف ، فتثور وتنفعل لأوهى الأمور ، وهي أيضاً لا تزن الأمور بميزان

---

(١) سورة الطلاق آية (١) .

(٢) سورة البقرة آية (٢٣١) .

(٣) سورة النساء آية (٣٤) .

العقل بقدر ما تزنها بما تدعوا إليه العاطفة ، لذلك ملك الله الرجل الطلاق تحقيقاً للاستقرار وتضييقاً لوقوعه بقدر الإمكان (١) .

ومع هذا كله فقد أعطى الإسلام للمرأة حق الالتجاء إلى القضاء ليفرق بينها وبين زوجها في الحالات التي لا تستقيم فيها أمور الزوجية ، كالتفريق بسبب العيوب والأمراض التي لايحصل بها مقصود الزواج ، وكذلك أباح لها مخالعة زوجها لأسباب ، منها إذا كرهت زوجها لخَلْقه أو خُلُقه ، أو دينه أو كبره أو ضعفه ، أو خشيت أن لا تؤدى حق الله في طاعته . على أن الشرع الإسلامي توعد المرأة التى تطلب الطلاق بدون سبب ، فعن ثوبان رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة»(٢)

ـ رتب القانون الروماني عقوبات عبارة عن جزاءات مالية وبدنية على من يستخدم الطلاق سواء تم لسبب شرعي أو بدون سبب ، بينما لا نجد هذه العقوبات المذكورة في القانون الروماني في الإسلام .

يقع الطلاق في القانون الروماني إما إجبارياً وإما اختيارياً ، وذكر من أسباب انقضاء الزواج إجبارياً فقد الزوج حريته ، أو رعويته الرومانية ، أو بالوفاة ، وهذا يخالف الشرع الإسلامي فإن الطلاق يقع من الشخص البالغ العاقل الطائع وأن يكون مختاراً ، و لذلك لا يقع الطلاق في الشرع الإسلامي إجبارياً .

ـ إن الطلاق في الإسلام قد يكون رجعياً وقد يكون بائناً بينونة صغرى ، وقد يكون بائناً بينونة كبرى ، بينما لا يوجد ذلك في القانون الروماني ، وهذا البيان لترغيب كلٍ من الزوجين إلى عودة الحياة بينهما ، لذا كان على المرأة المعتدة أن تعتد في بيت زوجها لعل ذلك قد يكون سبباً في أن يعودا لبعضهما .

---

(١) " حقوق المرأة في الإسلام " كوثر محمد الميناوي ، ص ١٥٩ ، " التشريع الجنائي في الإسلام " عبد القادر عوده ، ج ١ / ٤٧ .

(٢) سنن ابن ماجه ، باب كراهية الخلع للمرأة ، حديث رقم ٢٠٦٥ ، ج ١ / ٣٧٩ .

ـ رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق العدة ، قال تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ (١) ، فمن طلقهازوجها يجب عليها العدة ، بينما لا يوجب القانون الروماني على المطلقة العدة ، وهذا لا يخفى ضرره .

بعد كل هذا يتبين أن الطلاق في القانون الروماني يخالف الطلاق في الشريعة الإسلامية لوجود الإختلافات التي ذكرناها سابقاً مما يؤكد عدم تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ، وأن أحكام الشريعة الإسلامية مستمدة من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ .

الولاية على النساء وقاعدة " رأي القدامى جعل النساء تحت الوصاية ولوبلغن سن الأهلية لطياشة عقولهن "

تعرضت في المبحث السابق للولاية على النساء في القانون الروماني وقاعدته لديهم ، وقلت أن القانون الروماني جعل الولاية تبقى على النساء ولو بلغن سن الأهلية، فليس للمرأة أهلية أداء كاملة ، وكذلك ذكرت الأسباب التي جعلت النساء تحت الولاية ، كما أن المرأة تخالف الرجل في كثير من الأحكام .

وكذلك تعرضت للولاية في الشريعة الإسلامية ، وأنها تكون على الصغير سواء ذكراً أو انثى وتنتهي هذه الولاية بالبلوغ والمجنون حتى يعقل والسفيه حتى يرشد .

وبذلك يكون هذا الحكم وهو جعل النساء تحت الولاية في القانون الروماني يخالف الشرع الإسلامي .

فإن الشريعة الإسلامية اعطت للمرأة حق ولايتها على نفسها وسوف أبين مزيداً من اعطاء الإسلام للمرأة حقوقها ومخالفتها للقانون الروماني في ذلك .

ـ إن القاعدةالتي وضعها فقهاء الرومان في الولاية على المرأة لا توجد مثلها في الشريعة الإسلامية .

---

(١) سورة البقرة ، آية (٢٢٨) .

ـ إن الشريعة الإسلامية التي يكون القرآن الكريم والسنة النبوية مصدراها ، قد ساوت بين المسلم والمسلمة في التكاليف العامة من زكاة وحج وصيام وحدود وطاعة لله ورسوله وفي وجوب التواصي بالخير والرحمة والصبر والتعاون على البر والتقوى والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والتزام الأخلاق الحسنة الشخصية والاجتماعية ، وتجنب اضدادها ، ثم فيما ينتج عن كل ذلك من تبعات وآثار وعقوبات وجزاء في الدنيا والأخرة ، وأنها قررت للمسلمة أسوة بالمسلم الأهلية التامة والحق الكامل في مختلف التصرفات المدنية ، وإن كل هذا يتضمن إقرار مشاركة المسلمة للمسلم في كيان الدولة والمجتمع سواء بسواء (١) . قال تعالى { من عمل سيئة فلا يجزى إلا مثلها ومن عمل صالحاً من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فأولئك يدخلون الجنة يرزقون فيها بغير حساب } (٢) . وقوله تعالى { إن المسلمين والمسلمات والمؤمنين والمؤمنات والقانتين والقانتات والصادقين والصادقات والصابرين والصابرات والخاشعين والخاشعات والمتصدقين والمتصدقات والصائمين والصائمات والحافظين فروجهم والحافظات والذاكرين الله كثيراً والذاكرات أعد الله لهم مغفرة وأجراً عظيماً } (٣) .

ولكن القانون الروماني الذي مصدره آراء الأباطرة والفقهاء لم يساوي بين المرأة والرجل يؤيد ذلك القواعد التي تم وضعها في ذلك كما ذكرت سابقاً

ـ كما أن المرأة في الشريعة الإسلامية لا تختلف عن الرجل فيما يتعلق بممارسة الحقوق المالية ، فقد ساوى الشارع الحكيم بين الذكر والانثى في الولاية على المال والعقود ، فمتى بلغت المرأة سن النكاح وهي رشيدة ، كان لها أن تتصرف بمالها مستقلة بجميع التصرفات القولية والفعلية ، فاللمرأة الأهلية التامة والحق الكامل غير مقيد بأي قيد ما عدا ما حرم الله ورسوله في جميع التصرفات المدنية والاقتصادية والشخصية ، فلها أن تعقد كافة العقود المدنية من بيع وشراء وإجارة وشركة ومساقاة ومزارعة وقراض ورهن وعارية ووديعة وهبة ووصية ووصاية

---

(١) « المرأة في القرآن والسنة » محمد عزة دروزة " ص ٤٠ .

(٢) سورة غافر آية (٤٠) .

(٣) سورة الأحزاب آية (٣٥) .

وتملك العقار والعبيد والمصالح والتصرف بما تحوز وتملك ما يصل إلى يدها من الأموال ، وشرط موافقتها على الزواج وعدم حق وليها في تزوجها بمن لا تريد أو بدون إذنها وموافقتها ، وإناطة العودة إلى زوجها الذي طلقها بموافقتها ورضاها وقناعتها . وفدائها نفسها منه ، وعدم حق وليها في منعها إلى زوجها الذي طلقها ، كما إن لها الحق في توكيل من شاءت ، وليس لأبيها أو زوجها ولا لغيرهما أن يتدخلوا في ذلك (١) .

لقد اعطى الإسلام المرأة مكانتها المناسبة في كل الميادين ، وساوى بينها وبين الرجل في كثير من المجالات ، قال تعالى { ياأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أ كرمكم عند الله أتقاكم } (٢) .

وبهذا يتبين الاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني في المرأة الذي لم يعطها القانون الروماني – ولايتها على نفسها وعاملها معاملة تختلف عن معاملة الرجل في كثير من الأحكام .

العتق وقاعدة "سنة الطبيعة أن جميع الناس يولدون في الأصل أحراراً"

كذلك تعرضت في المبحث السابق للعتق عند الرومان وقاعدته لديهم وطرق الإعتناق ومكانة العتيق بعد عتقه ، وكذلك بينت فضل الإعتاق في الشريعة الإسلامية وطرقه الإعتاق في ذلك .ويتبين لدى القارىء عند استعراض العتق في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني وجود اختلاف بينهما ، من ذلك :

– إن القاعدة الفقهية الرومانية التي وضعها فقهاء الرومان في العتق لا توجد في الشريعة الإسلامية كما أنها لا تشبه قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه " كيف استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرار "

---

(١) انظر " حقوق المرأة في الإسلام " المنياوي ، ص ٧٤ " ، الإسلام والمرأة " سعيد الأفغاني ، ص ٤٤ .

(٢) سورة الحجرات آية (١٢) .

- إن طرق الإعتاق في الشريعة الإسلامية مختلفة عن طرق الإعتاق في القانون الروماني كما بينت في المبحث السابق .

- إن مصدر طرق الإعتاق في الشريعة الإسلامية مستمدة من الكتاب والسنة ، فبينت نصوص الكتاب والسنة طرق الإعتاق وأنه أفضل القرب إلى الله تعالى ، وجعلته كفارة لكثير من الذنوب ، بينما مصدرطرق الإعتاق في القانون الروماني هو قانون الأمم واستحداثات جوستنيان .

- حكم الإعتاق في الشريعة الإسلامية واجب ومندوب في الكفارات ، وقد حث الشارع عليه قال تعالى { فك رقبة } (١) ، بينما لم يبين القانون الروماني حكم الإعتاق على وجه العموم بل قيده في بعض الحالات .

- إن الرقيق إذا نال عتقه ، فإنه يصبح كالحر وتجرى عليه أحكام الحر ، ذلك أن السيد إذا أنعم على عبده بالحرية ورفع عنه يد الاستيلاء والملك صيره بذلك أهلاً للولاية والشهادة والتملك والتصرف في الأموال بعد أن كان محروماً من كل ذلك ، بل حتى التصرف في نفسه إذ لم يكن يتمتع بذلك ، فقد كان لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه وقد يمنع من أداء بعض العبادات لحق سيده عليه مثل صلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنازة .

على أن السيد الذي أنعم على عبده بنعمة الحياة الحكمية ، جعل له الشارع حق وراثته بعد موته إذا مات ولم يكن له وارث من أصحاب الفروض أو العصبات ، وهذا تشجيع من الشارع الحكيم للسادة على الإعتاق ، فإذا علم السيد أنه سيرث عبده بعد موته ، سارع إلى هذا العتق ، حتى يتحقق له هذا المغنم ، كذلك الفوز برضى الله واعتاق رقبته من النار التي هي الهلاك الأكبر . (٢) ، بينما لم يجعل القانون الروماني للمعتوق الذي اكتسب حريته ، حرية مطلقة ، بل جعل عليها قيود تجعل من المعتوق في مستوى أقل من مستوى الأحرار الأصلاء كما بينت سابقاً .

---

(١) سورة البلد آية (١٣) .

(٢) « فتح القدير » ، ج ٤ ، ص ٤٣٠ .

مما سبق يتبين الاختلاف في العتق بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني الذي يؤكد أن نظام العتق ليس مستمد من لدن القانون الروماني لوجود اختلافات في المعني والنشأة والمصدر بينهما .

طرق اكتساب الملكية وقاعدة "ملكية الشيء تحصل لنا بالبيع أو المعاطاة أو بالتنازل أو بقضاء القاضي أو بحكم القانون"

كذلك تعرضت في المبحث السابق لطرق اكتساب الملكية في القانون الروماني وقاعدته الفقهية لديهم وطرق انتقال الملكية في الشريعة الإسلامية ، وقلت إن القانون الروماني قسم طرق اكتساب الملكية إلى طرق ناقلة وطرق منشئة ، وصور الطرق المنشئة للملكية هي الاستيلاء والتحويل . والالتصاق . والطرق الناقلة للملكية نوعان ، فقد تكون طرق اختيارية أو طرق إجبارية ، فمن الطرق الاختيارية الإشهاد والدعوى الصورية والتسليم ، ومن الطرق الإجبارية التقادم وحكم القاضي ونص القانون .

وكذلك قلت إن الملكية في الشريعة تنقسم إلى قسمين : ملك تام وملك ناقص ، ومصادر الملك التام هي الاستيلاء على المباح وله عدة صور هي : العقود والخلفية والتولد من المملوك .

وعندما يستعرض القارىء للطرق المكسبة للملكية في القانون الروماني والشريعة الإسلامية يتضح له وجود اختلافات بينهما أوضحها في الآتي :-

- إن القاعدة الفقهية التي وضعها فقهاء الرومان في الملكية لا توجد في الشريعة الإسلامية .
- إن القانون الروماني قسم طرق اكتساب الملكية إلى طرق منشئة للملكية وطرق ناقلة للملكية ، بينما لم تقسم الشريعة الإسلامية الطرق إلى ذلك وكذلك لم يستعمل هذين المصطلحين وإن كان يسلم بنتائجهما .
- من بين الطرق الناقلة للملكية في القانون الروماني ، طريقة الإشهاد والدعوى الصورية ، وهاتان الطريقتان لا نظير لهما في الشرعية الإسلامية .
- اعتبر التقادم أو مضي المدة طريقة مكسبة للملكية في القانون الروماني ، وهذا مخالف

للشريعة الإسلامية فهو لا يعترف بسقوط الحق بالتقادم ، كما لا يعترف بالتقادم المكسب للحق، فالمبدأ المقرور في الإسلام أن الحق لا يسقط بمرور الزمن ، على أن الفقهاء قالوا بأن سكوت صاحب الحق عن حقه مدة معينة من الزمان دون أن يكون هناك أحد الأعذار الشرعية كالغيبة مع إمكانة إقامة الدعوى للمطالبة بحقه يعتبر قرينة على أنه ليس صاحب حق ، ولذلك قالوا بجواز منعه من سماع دعواه بعد مضي مدة معينة ، فالذي يمر عليه الزمن هو الدعوى لا الحق ، ولكن هذه القرينة تنتفي ـ بطبيعة الحال ـ إذا أقر المدعى عليه بحق خصمه ، وحينئذ تسمع الدعوى وعلى ذلك فحرمان المدعي من سماع دعواه إذا سكت عن المطالبة بحقه مدة معينة من الزمان لا ترد إلا في حالة إنكار خصمه للحق المطالب به (١) .

والسبب الذي جعل الشرع الإسلامي ينحوا هذا المنحى راجع إلى أن القواعد الشرعية الإسلامية تقوم على أسس خلقية ، والأخلاق لا تسمح بتحول الغصب إلى حق ، أما القانون الروماني فنظر لضعف الصلة فيه بين القانون والأخلاق بل أنه فصل بين القانون والأخلاق ، فيسمح بتحول الغضب إلى حق ، بعكس الشريعة الإسلامية التي تفصل بين الحق والدعوى التي تحميه ، لذلك أمكن القول بتقادم الدعوى دون الحق (٢) .

إن الاتفاق بين الطرفين في الشريعة الإسلامية كافى لنقل الملكية من ذمة شخص لآخر . دون أي حاجة لأي إجراء أخر ، ومعنى ذلك أن اتفاق الطرفين على انتقال الملكيةمن ذمة أحدهما إلى ذمة الآخر تنتقل الملكية بمجرد ذلك الاتفاق ، وهذا راجع إلى قوله تبارك وتعالى {ياأيها الذين أمنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } (٣) بينما الاتفاق بين الطرفين في القانون الروماني عاجز عن نقل الملكية ، وهذا راجع إلى أن الاتفاق عندهم يولد التزامات ، وبالتالي لا بد من الالتجاء إلى إحدى الطرق الاختيارية كالإشهاد أو الدعوى الصورية أو التسليم لنقل الملكية (٤) .

---

(١) « طبيعة التقادم في الشريعة والقانون » على ذكي العرابي ، مجلة القانون والاقتصاد ، ص ٨٦٨ .

(٢) « تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية » صوفي أبو طالب ص ٣٢٣ .

(٣) سورة النساء آية ٢٩ .

(٤) « الشريعة الإسلامية والقانون الروماني » زهدي يكن ، ص ١٤٩ .

فرّق القانون الروماني بين سند الملكية والطريقة الناقلة لها ، ويرى شراح القانون الروماني أن السبب في ذلك هو رغبة القانون في حماية الطرفين المتعاقدين وتنبيههما إلى نتائج ما يقدمان عليه من تصرفات فضلاً عن حماية الغير ، إذ تعتبر إجراءات نقل الملكية بمثابة علانية للتصرف ، يضاف إلى ذلك أن الرومان كانوا لا يتصورون إمكان انتقال الملكية من ذمة شخص إلى ذمة شخص أخر بمجرد العقد . بينما الشرع الإسلامي لا يفصل بين سند الملكية والطريقة الناقلة لها وهذا راجع إلى أنه يتسم بطابع الرضائية (رضا الطرفين) .

ويبتعد عن الشكليات ويرتكز على مبادىء خلقية ، فعقد البيع مثلاً ينقل ملكية من ذمة البائع إلى ذمة المشتري بمجرد الرضا (العقد) (١) .

ـ يعتبر إحياء الموات ـ وهي إحدى صور الإستيلاء على المباح ـ إحدى طرق أسباب الملك التام في الشرع الإسلامي ، وهذا راجع إلى قوله ﷺ عن سعيد بن زيد قال « من أحيا أرضاً ميتةً فهي له » (٢) . ويكون إحياءها بجعلها صالحة للانتفاع بها كالبناء والغراس والزراعة والحرث وحفر بئر ، على أن لا تكون مملوكة لأحد من الناس ، وأن لا ينتفع بها بأي وجه للانتفاع أن تكون خارجة عن البلد . بينما هذه الطريقة غير موجودة في القانون الروماني

ـ يعتبر نظام الشفعة مما تفردت به الشريعة الإسلامية عن القانون الروماني .

ـ كذلك يعتبر مصادر اكتساب الملكية في الشريعة الإسلامية الكتاب والسنة، فمعظم أحكامها من نصوصهما ، فمن ذلك أن الرضا كافى لنقل الملكية في البيع والشراء وهذا راجع إلى قوله تعالى { إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } (٣)، كذلك أحكام الخلفية والمراد بها المواريث موجودة نصوصها في سورة النساء وورد أحاديث في ذلك . بينما يعتبر مصادر اكتساب الملكية في القانون الروماني من وضع فقهاء الرومان والأباطرة الذين لهم الحق في التشريع .

---

(١) " تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية " صوفي أبو طالب ، ص ٣٢٥ .

(٢) « سنن أبي داود » كتاب الخراج ، باب احياء الموات ، حديث رقم ٣٠٧٣ ، ج ٣ / ١٧٨ . الترمذي كتاب الأحكام ، باب ماذكر في احياء الموتى ، حديث رقم ١٣٧٨ ، ج ٣ / ٤٦٢ .

(٣) سورة النساء آية (٢٩) .

نـظام التبنى

كذلك تعرضت في المبحث السابق لنظام التبني في القانون الروماني والطرق التي يحصل بها التبني ، وأنواع التبني ، والحقوق المترتبة للمتبنى من متبنيه، ومن يحق لهم التبني ومن لا يحق لهم ذلك ، والشروط التي وضعها الأباطرة في التبني .

وقلت إن هذا النظام ـ نظام التبني ـ لا يوجد في الشريعة الإسلامية ، لذا يعتبر هذا النظام إحدى الأنظمة المخالفة للشريعة الإسلامية ، فهو محرم فيها ومصدر هذا التحريم القرآن الكريم والسنة النبوية ، بعد أن كان في الجاهلية وصدر الإسلام .

لقد كان من عادات العرب استلحاق شخص ذكر معروف النسب لغيره ، أو مجهول النسب كاللقيط ، ويصرح أنه يتخذه ولداً له مع كونه ليس ولداً له في الحقيقة . ولما جاء الإسلام أبطله وبين أنه مجرد دعوى لا أساس لها ، ومع أن هذا التبني كذب وافتراء على الله جل وعلا وعلى الناس ، كما صرح بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى { وما جعل أدعيائكم أبنائكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم } (١) . يؤدي إلى مفاسد كثيرة . وبذلك يكون تحريم الشريعة الإسلامية للتبني وعدم اقراره راجعاً إلى مفاسد كثيرة منها :ـ

ـ أن الشخص المتبني يأتي بشخص أجنبي يعيش مع أجنبيات عنه لا تربطه بهم رابطة مشروعة ، فيطلع على ما حرم الله الاطلاع عليه ، ويحرم عليه الزواج منهن مع أنهن محللات له.

ـ ومنها أنه يحمل الأقارب واجبات تترتب على ذلك ، فتجب نفقه المتبنى عليهم إذا كان محتاجاً إليها ، ويشاركهم في الميراث ، فيحرمهم من بعض ما يستحقون .

– ويضاف أيضاً إلى ذلك أن كثيراً ماأساء الولد المتبنى للزوجين وأقاربهما في العرض والمال ، لذا كان نفي الإسلام للتبني نفياً صريحاً لاغموض فيه ، وبذلك أزال كل أثر من آثاره ،

---

(١) سورة الأحزاب آية ٥ .

وهذا ماتؤكده القواعد الفقهية « درء المفاسد أولى من جلب المصالح » (١) .

وإن كان الشارع الحكيم قد حرم التبني لما فيه من المفاسد وأغلق بابه ، فإنه لم يغلق باب الإحسان بل فتحه على مصراعيه ، فلم يمنع الإسلام تربية ولد لقيط وتعليمه ، ثم حجبه عن الأسرة بعد البلوغ أو قبله قليلاً ، كما لم يمنع الإسلام أن يهبه بعض أمواله أو يوصى له ببعضه ، وعدّ ذلك إنقاذاً للنفس من الهلاك ، وإحياء للنفس البشرية ، ومن أحيا نفساً فكأنما أحيا الناس جميعاً (٢) ، قال تعالى { ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً } (٣) .

نظام السلطة الأبوية

كذلك تعرضت فى المبحث السابق لنظام السلطة الأبوية في القانون الروماني ، وتبين أنها سلطة شاملة مطلقة لرب الأسره على فروعه من أهل القرابة ، وكذلك تعرضت لمصادر السلطة الأبوية وهي الولادة من زواج شرعي والتبني ومنح البنوة الشرعية بالزواج اللاحق وتبقى السلطة الأبوية مادام رب الأسره على قيد الحياه .

إن مايسمى بنظام السلطة الأبوية في القانون الروماني لايوجد فى الشريعة الإسلامية ، وإن كان يوجد مايسمى بالولاية على النفس وتكون على الصغير حتى يبلغ . وذلك لأن حال الصغير يقتضية فهو بحاجة إلى من يقوم مقامه فى إدارة أمواله والتصرف فيها على وفق ماحدده الشرع .

ويتبين لدى القارئ وجود اختلافات بينهما كالأتى :

- يعتبر نظام السلطة الأبوية في القانون الروماني سلطة مطلقة للأب ولصالح الأب وتمتد إلى أرواح وأموال الخاضعين لها ، لإن الخاضعين للسلطة الأبوية لايتمتعون بالشخصية

---

(١) " شرح القواعد الفقهية " أحمد محمد الزرقا " ص ٢٠٥، « المقارنات التشريعية » سيد عبد الله علي حسين ، ح ١ ، ص ٢٥٠ .

(٢) " أحكام الأسره في الإسلام " محمد مصطفى شلبي ، ص ٧٢٣ .

(٣) سورة المائدة آية ٣٢ .

القانونية ولايعترف لهم بها ، بينما تعتبر الولاية على النفس فى الشرع الإسلامي ضرورية لرعاية مصالح الابن .

– تختلف مصادر السلطة الأبوية فى القانون الروماني عن مصادر الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية ، فمصادر الولاية على النفس هي الولادة من زواج شرعي ، ولايعترف الإسلام بنظام منح الأبوه الشرعية بالزواج اللاحق كما أنه حرم التبنى والتي تعتبر – منح البنوه الشرعية والتبنى – من مصادر السلطة الأبوية فى القانون الروماني.

– إن الولاية على النفس فى الإسلام محصورة ، فلم تمنح للأب حق تملك الأموال العائدة إلى الابناء متى بلغوا سن الرشد ، لأن الشريعة الإسلامية تعترف للابن بشخصية مستقلة عن الأب ، ومن ثم له ذمة مالية مستقلة عن أبيه ، كما أنها لم تمنح الأب حق التصرف بالأموال العائدة للزوجة ، بينما تعتبر السلطة الأبوية فى القانون الروماني سلطة مطلقة وشامله ، فهو يمتلك الأموال العائدة إلى أبناءه ، كما له أن يحرمهم من الميراث .

– مصدر السلطة الأبوية في القانون الروماني القانون القديم المتكون من الأعراف وتشريع الفقهاء ، بينما يعتبر مصدر الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية القرآن والسنة ، وذلك كما في قوله تعالى { وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغو النكاح فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم } (١)

ومن كل ماتقدم نستطيع أن نجزم أن نظام السلطة الأبوية المقرر في القانون الروماني مخالف للشريعة الإسلامية في المعنى والنشأة والمصدر .

---

(١) سورة النساء آية ٦ .

نظام الإرث

كذلك تعرضت فى المبحث السابق لنظام الإرث فى كل من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، والذى يعتبر – نظام الإرث – من الأنظمة المشتركه بينهما. وبعد تعرضي لنظام الإرث في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني وجدت اختلافات جوهرية سواء في الأهداف أو الأسباب أو القواعد المعمول بها لتوزيع الورث أو الورثه أو المصادر .... الخ وسوف أبين بعض هذه الاختلافات :

– يختلف هدف نظام الإرث عند الرومان عن هدف نظام الإرث فى الإسلام ، فيهدف نظام الإرث عند الرومان إلى حفظ النظام الاجتماعي والاقتصادي لسلطة رب الأسرة والعشيرة ، لذلك حرموا أولاد البطون من الميراث وقصروه على أولاد الظهور ، فحرموا التوارث بين الأم وأولادها ، بينما يهدف نظام الإرث في الشريعة الإسلامية إلى إيصال الحقوق إلى مستحقيها وإلى تقوية أواصر القربة بين الوارث والمورث وإلى إحترام الملكية الفردية .

– تختلف أسباب الإرث عند الرومان عن أسباب الإرث في الإسلام ، فأسباب الإرث عند الرومان تنحصر في القرابة وولاء العتاقة . بينما أسباب الإرث فى الإسلام هى الزوجية ، والنسب والولاء وهذه متفق عليها بين الفقهاء ، ووجه الإسلام والمولاة والمعاقده والالتقاط وهذه مختلف فيها .

– تختلف مصادر نظام الإرث عند الرومان عن مصادر الإرث في الشريعة الإسلامية ، فمصادر الإرث في الإسلام هي الكتاب والسنة ، بينما مصادر الإرث عند الرومان هي المراسيم التي قررها الأمبراطور جوستنيان مع فقهاء عصره .

– يرث الأب والأم مع الفروع في الشريعة الإسلامية ، بينما يحجب الفروع الأصول في القانون الروماني لذا لايرث الأب والأم مع الفروع .

– لم تأخذ الشريعة الإسلامية بمبدأ المساواة في الإرث بين الذكور والاناث ، بل جعلت للذكر مثل حظ الانثيين ، وهذا راجع إلى قوله تعالى { يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ

الانثيين } (١) خلافاً للقانون الروماني الذي ساوى بين الذكر والأنثى في الميراث .

- أخذ القانون الروماني بقاعدة قيام الفرع مقام أصله في الإرث ، بينما لم تأخذ الشريعة الإسلامية بهذه القاعدة .

- في حالة عدم وجود فروع أو أصول فإن التركه تؤول إلى ذوي الأرحام وهذا عند الرومان ، أي جعلهم في مرتبة العصبات ، وهذا مخالف للشرع الإسلامي ، فإن توريث ذوي الأرحام مختلف فيه . وعلى الرأي القائل بتوريث ذوي الأرحام فإنهم لايجعلون بمرتبه العصبات، فإن درجتهم أدنى من ذلك .

- أجازت الشريعة الإسلامية للوارث أن يوصى بما لايزيد عن ثلث تركته لمن لايستحق وراثته أو لوارث ، وبذلك جعل حق ورثته في ثلثي التركة أمراً إجبارياً ، سواء شاء المورث أم لم يشاء ، فليس للمورث حق أن يوزع تركته كيف شاء ، وليس له أن يحرم أسرته وأقاربه من الإرث ، بينما كان يحق للمورث في القانون الروماني أن يوصى بما يشاء وكذلك أن يحرم ورثته من الإرث .

- جعلت الشريعة الإسلامية إجباريه الوراثة بالنسبة للوارث ، فليس للوارث أن يرفضها، إلا أنها احتاطت لإمكانية كون التركة مثقلة بالديون ، ففصلت ذمة الوارث عن ذمة المورث ، فحصرت الميراث بما تبقى من التركة بعد الوفاء بالتزامات المورث ، وبذلك تحاشت أن يتحمل الورثة التزامات المورث من مالهم الخاص . بينما جعل القانون الروماني الحق للورثة في أن يقبلوا التركة أو يرفضوها ، وفي حالة قبول الورثة للتركة فإنهم يتحملون التزامات وحقوق المورث ولو كان ذلك من حقوقهم الخاصة لأنهم جعلوا ذمة الوارث امتداداً لذمة المورث (٢).

ينقسم الإرث في الشريعة الإسلامية إلى فرض وتعصيب ، وهذا التقسيم لايوجد في

---

(١) سورة النساء اية ١١ .

(٢) انظر " القانون الروماني " ، خليل الجر ، ص ١٣٣ " تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية صوفي أبو طالب ، ص ٣١٦ .

القانون الروماني .

إلى غير ذلك من الاختلافات الذي يؤكد أن نظام الإرث عند الرومان يختلف اختلافاً كلياً عن نظام الإرث في الشريعة الإسلامية وبالتالي يعتبر دليلاً من أدلة عدم تشابه الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني .

حكم السرقة في القانون الروماني

كذلك تعرضت في المبحث السابق لحكم السرقة في القانون الروماني عبر عصوره المختلفة وكذلك لمفهوم السرقة عبر تلك العصور . وأوضحت التطورات التي حصلت لمفهوم السرقة وكذلك العقوبات المقررة على جزاء السرقة ، والتي تفاوتت بين ضربة والحاقه بالمجني عليه وقتله إذا كان رقيقاً أو حر مسلحاً وبين أن يدفع تعويض بمقدار المثلان أو أربعة أمثال الضرر الذي لحق بالمجني عليه .

كذلك تعرضت لحد السرقة في الشريعة الإسلامية والتي يتبين أن حكمها قطع اليد إذا توفرت شروط في السارق والمسروق والمسروق منه والمسروق فيه أي مكان السرقة ، وقد تكلمت عن تلك الشروط في المبحث السابق .

ويتبين لدى القارئ أن حكم السرقة في الشريعة الإسلامية يختلف عن حكم السرقة في القانون الروماني وكذلك وجود اختلافات أخرى منها :

إن تعريف السرقة في القانون الروماني يختلف عن تعريف السرقة في الشريعة الإسلامية فعرفت السرقة في القانون الروماني بأنها « نقل شيء من مستقره غشاً واختياناً ، أو اختلاس شئ مملوك للغير بقصد الإستفاده منه » ، بينما تم تعريف السرقة في الشرع بأنها أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والإستتار . ويتضح من تعريف السرقة في القانون الروماني بأنها ليست سرقة في الإسلام ، فيمكن أن نطلق عليها غصب شيء أو تحايل على الغير .

يختلف حكم السرقة في القانون الروماني عن حكم السرقة في الشريعة الإسلامية ،

فحكم السرقة في القانون الروماني حسب استحداثات جوستنيان هو دفع أربعة أمثال المسروق إذا كانت السرقة مكشوفة ، ودفع المثلين إذا كانت السرقة غير مكشوفة ، على أنه كانت توجد أحكام مختلفة للسرقة قبل اصلاحات جوستنيان ، بينما حكم السرقة في الشريعة الإسلامية هو قطع اليد إذا توفرت الشروط في السارق والمسروق والمسروق منه والمسروق فيه ، والتعزير إذا لم تتوفر تلك الشروط .

مصدر حكم السرقة في الإسلام هو كتاب الله تعالى { والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءاً بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم } (١) وقوله ﷺ « إنما اهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه » وفي رواية « أقاموا عليه الحد » متفق عليه (٢) بينما مصدر حكم السرقة عند الرومان هي الاستحداثات التي قررها الأمبراطور جوستنيان في القانون الروماني .

لإقامة حد السرقة في الشرعية الإسلامية لابد من توفر شروط كما ذكرناها سابقاً ، بينما لم يضع القانون الروماني شروط لإقامة جزاء السرقة . غاية ماهنالك أن قام بوصف كل من السرقة المكشوفة والسرقة الغير مكشوفة وترتيب العقاب عليها .

– يعتبر جزاء السرقة في الشريعة الإسلامية رادعاً لكل من تسول له نفسه الإقدام عليها، لأن الهدف من جزاء السرقة في الشريعة الإسلامية هو إصلاح النفوس وتهذيبها والعمل على سعادة الجماعة البشرية . فإذا علم السارق أن حكم السرقة قطع اليد ، فإن الحكم يردعة وبالتالي لايفكر الإتيان بها ، بينما نجد أن حكم السرقة في القانون الروماني هو التعويض فقط، وبالتالي لايكون رادعاً للسارق ، قد يكررها تكراراً .

إن فعل السرقة حرمها الشرع الإسلامي وعاقب عليها لأنه عمل يفسد أمن المجتمع ،

---

(١) سورة المائدة آية (٣٨) .

(٢) رواه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود والنسائي عن عائشة (جامع الأصول ٣١٨/٤) ، مسلم في كتاب الحدود ، حديث رقم ١٦٨٨ ، الترمذي ، كتاب الحدود ، باب ماجاء في كراهية أن يشفع في حدود الله .

وتؤدي لو تركت إلى اضطراب الأمور واشاعة الفوضى والقلق في النفوس ، لذلك كان الجزاء عليها رادعاً .

نخلص مما سبق أن العقوبات المقررة في الشرع الإسلامي تختلف عن العقوبات المقرره في القانون الروماني ، وهذا الاختلاف في الهدف والنشأة والمصدر وبالتالي يزداد التأكيد بعدم وجود تشابه بين القانون الروماني والشريعة الإسلامية .

نظام الموت المدني Capitis deminutis

كذلك تعرضت في المبحث السابق لنظام الموت المدني في القانون الروماني وقاعدته الفقهية لديهم ، وأوضحت أن الشخصية عند الرومان تقوم على توفر ثلاثة عناصر وهي أن يكون حراً ومواطناً رومانياً ورب أسره ، وفي حالة فقد أحد هذه العناصر يطلق على الشخص بأنه متوفى مدنياً مع أنه مازال على قيد الحياة ، كذلك تعرضت لدرجات الموت المدني عند الرومان بدرجاته الثلاثة والآثار المترتبه عليه سواء فيما يتعلق بالحقوق العائلية أو الحقوق المالية.

إن نظام الموت المدني المقرر في القانون الروماني لايوجد في الشريعة الإسلامية ، إذ يعد إحدى الأنظمة المخالفة لها ، فإن الشخصية في الشرع الإسلامي تبدأ بولادة الإنسان وتنتهي بوفاته ، وبالتالي لم تأخذ بإمكان زوال شخصية الإنسان بزوال عناصر مكونة لها كتلك العناصر التي قال بها القانون الروماني .

ويرجع سبب نشأة هذا النظام في القانون الروماني ، أن الأشخاص في القانون لديهم نوعين ، شخص طبيعي وهو الإنسان ، وأشخاص اعتبارية أو معنوية كالمؤسسات والشركات والجمعيات وبعض الهيئات العامة ، وتعتبر – المؤسسات والشركات ... الخ – ذات شخصية مستقلة ومتميزة عن شخصية الداخلين في تكوينها أو المستفيدين منها ، لذلك اعترف لها القانون بالشخصية القانونية ولأجل الاعتراف بالشخصية الطبيعية للإنسان اشترط لذلك توفر ثلاثة عناصر وهي الحرية والجنسية الرومانية وكونه رب أسـرة ، وفي حالـة فقده إحدى هـذه

العناصـر يعتبر متوفي مدنياً (١) .

إن اعتراف القانون الروماني لنوعين من الشخصيات ، شخصية اعتبارية أو معنونية وهي عباره عن شخصية مستقلة متميزة عن شخصية الأشخاص المكونة للمجتعيات والمؤسسات والهيئات. وشخصية طبيعية وهي الإنسان غير موجود في الإسلام .

بينما لاتعترف الشرعية الإسلامية بالشخصية القانونية إلا للإنسان ، فلا يعرف الشخصية الاعتبارية ، ويرجع سبب ذلك إلى أن مصدر الشريعة الإسلامية الكتاب والسنة والمخاطبين به هم البشر ، ولايتصور تكليف غير بني البشر بتلك الأحكام .

---

(١) " تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية " صوفي أبو طالب ، ٣٠٧ .

الفصل الرابع

مناقشة شبهة تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني

المبحث الأول : مناقشة الاستدلال على الشبهة بمظاهر الاتفاق في الأحكام والقواعد وبيان أنها منقوضة بضدها .

المبحث الثاني : تعليل ظاهرة التشابه في بعض الأحكام والقواعد الكلية في مختلف الشرائع .

المبحث الثالث : إبراز الفوارق الأساسية بين التشريع الإسلامي والقانون الروماني التي تنفي القول بالتأثر المطلق الذي أطلقه بعض المستشرقين أصلاً .

المبحث الأول: مناقشة الاستدلال على الشبهة بمظاهر الاتفاق في الأحكام والقواعد وبيان أنها منقوضة بضدها

كان من بين الأدلة التي استند إليها المستشرقون في تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ما لاحظوه من تشابه بين النظم القانونية والأحكام والقواعد الموجودة في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني وهذا يعني من وجهة نظرهم أن الشريعة اللاحقة – أي الشريعة الإسلامية هي التي اقتبست هذه النظم والأحكام والقواعد من القانون السابق – أي القانون الروماني – لأن اللاحق هو الذي يقتبس من السابق .

لقد استعرضت في الفصل الثاني من هذا البحث بعض القواعد والأحكام المتشابهة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، ووجدنا حينها أن التشابه المذكور إنما هو في الألفاظ أو في لغة التعبير بينما توجد اختلافات جوهرية بينهما في المصدر والنشأة .

فقد بحثت الإجماع في الشريعة الإسلامية والإجماع عند الرومان « Consensu » وقاعدته لديهم ، وتبين أن التشابه الموجود هو تقارب لغوي لكلمتي اجماع وكونسانسوس « Consensus » ، بينما توجد اختلافات في النشأة والمصدر فنشأت فكرة الإجماع في القانون الروماني لجعل صلاحية التشريع امتيازاً لجماعة محددة أو ترجيح جماعة فيها فقيه معين وهو بابنيان Papinien بينما نشأت فكرة الإجماع في الإسلام لتكون فكرة مشروعة للفقهاء أصحاب الاختصاص في كل عصر كما أن مصدر الإجماع في القانون الروماني هو إرادة الامبراطور ومن يعمل تحت سلطته ، بينما مصدر الإجماع في الإسلام الكتاب والسنة .

كذلك استعرضت الرأي في الشريعة الإسلامية والرأي في القانون الروماني وقاعدته لديهم وتبين لناأن التشابه بين الرأي في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني هو تقارب لفظي وأن الرأي في القانون الروماني أحد مصادر القانون وكان الامبراطور هو المصدر الوحيد لوضع القانون وتفسيره ، وكذلك يمنح الامبراطور علماء الفقه أن يدلوا بأرائهم في تكوين القانون دون وضع شروط أو ضوابط في الادلاء بآرائهم ، بينما يعتبر الرأي في الشريعة مستنداً إلى الكتاب والسنة والإجماع ، وكذلك وضع العلماء شروطاً وضوابط للفتيا والاجتهاد بالرأي حتى لإيجاد

عنها عند اللجوء إليه .

وكذلك استعرضت لعرف في الشريعة الإسلامية والعرف في القانون الروماني وقاعدته لديهم، وتبين لنا أهمية العرف في القانون الروماني كأحد مصادر القانون لديهم ، وأن التشابه بين العرف في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني هو تشابه لفظي في المعنى دون أن يكون هنالك تشابه اصطلاحي أو تشابه في النشأة والمصدر كما وضحنا سابقاً .

وكذلك عندما استعرضت قاعدة « لاتكليف بمستحيل » في القانون الروماني ،مبحث مسألة الأصوليين « التكليف بالمحاك » في الشريعة الإسلامية تبين لنا أن التشابه بين القاعدتين هو تقارب في لغة التعبير فقط بينما توجد اختلافات في الفروع المندرجة تحت القاعدة الرومية والنشأة والمصدر فيها ، فالفروع المندرجة تحت القاعدة الرومية لا توجد تحت مبحث مسألة الأصوليين في الشريعة الإسلامية ، وأن مبحث مسألة الأصوليين في الشرع الإسلامي هو الكتاب والسنة بينما مصدر القاعدة الرومية هم الأباطرة الرومان رغبة في تخفيف بعض الالتزامات التي كان يتعهدها المواطن الروماني .

وكذلك عندما استعرضت قاعدة « من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني تبين أن التشابه هو في لغة التعبير والصياغة ، بينما هنالك فرق في الفروع المندرجة تحت كل قاعدة والنشأة والمصدر .

ويمكننا القول كذلك في قاعدة « ماالتحق بالأصل تبعه » بأن التشابه الموجود هو تقارب في لغة التعبير، بينما توجد اختلافات بينها في الفروع المندرجة تحت كل قاعدة .

وكذلك عند استعراض بعض الأنظمة في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني مثل نظام الحسبة ، وجدنا اختلافاتٍ في النشأة والمصدر والتطبيق كما بينّا سابقاً ، وكذلك أحكام المحرمات من النساء في القانون الروماني والشريعة الإسلامية ، تبين لنا أن القانون الروماني حرم التعدد ، ولم يتطرق إلى التحريم من الرضاع ووجود اختلاف في المنشأ والمصدر بينهما .

ومما سبق يتبين لنا أن التشابه الموجود في القواعد والأحكام بين الشريعة الإسلامية

والقانون الروماني هو تشابه في الألفاظ أو في لغة التعبير أو في الصياغة دون أن يكون هناك تشابه في الاصطلاحات الحقوقية وفي النشأة والمصدر ، وهذا التشابه لايعتبر دليلاً على تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ، ويؤكد ماذهبنا إليه قول أحد المستشرقين القائلين بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني وهو شاخت قائلاً « .... أما الحالات التي يظهر فيها التشابه بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، فإن مجرد التشابه وحده مهما كان ظاهراً فإنه لايكفي لتبرير القول بالتأثر في القانونين » (١)

على أنه يجدر بنا أن نطرح سؤالاً : متى يعتبر التشابه دليلاً على التأثر ومتى لايعتبر دليلاً على ذلك ؟ فإن من المسلم به لدى علماء القانون المقارن - وهو مالا ينكره أنصار نظرية تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني - أن التشابه لايعتبر دليلاً على التأثر إلا إذا ثبت بقرائن قاطعة وأمارات واضحة أن هذا التشابه ينم عن تشابه في الهيكل القانوني والمبادئ القانونية العامة ، وعن تشابه في مصادر القاعدة القانونية وأصول استنباطها .

واتضح لنا من الفصل الأول عندما عرضت نبذة عن نشأة الأحكام الشرعية والقواعد الكلية في كلٍ من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني أن الهيكل القانوني لكل منهمايختلف عن بعضهما تمام الاختلاف سواءً من حيث المصادر القانونية أو طرق تفسيرها أو مقاصد التشريع والمبادئ القانونية العامة .

إن مجرد التشابه وحده لايدل على تأثر قانون بآخر ، ولكن التشابه يكون دليلاً على التأثر إذا دل على اتحاد في الهيكل القانوني ، من أجل ذلك رفض الفقيه الفرنسي لامبير وهو من القائلين بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني نظرية العالم الفرنسي ريفيو «Revillou» القائلة : بأن لجنة العشرة التي وضعت قانون الألواح الاثنى عشر عند الرومان قد تأثرت بمجموعة قانون « أما زيس الفرعونية اعتماداً على تشابه كثير من قواعد القانون

---

(١) « محاضرته بين القانون البيزنطى والشريعة الإسلامية » « شاخت » ص ٨ .

الروماني بالقواعد الواردة في مجموعة « أمازيس » فقال : إن التشابه بين القواعد القانونية ، الذي دفع ريفيو إلى القول بأن لجنة لرجال العشرة قد نقلت قانون أما زيس يمكن أن يدفع كلا من الصلتين ، سكان فرنسا القديمة والبراهمة واليهود إلى البحث عن مصادر قانون الألواح الاثنى عشر في القانون السلطي القديم ، أو القانون الهندي ، أو القانون اليهودي » (١)

والواقع أن كل الشرائع – سماويةً كانت أم وضعية – تستهدف ضبط تنظيم العلاقات بين الناس في المجتمع بما يكفل استقرار هذه العلاقات وتقدم المجتمع في ضوء المقاصد العامة التي تتوخاها كل شريعة ، ولكنها تختلف في الوسائل التي تتوصل بها إلى بلوغ تلك الغاية فتختلف أصولها ومبادئها العامة وطرق استنباط الأحكام فيها ، وعن طريق الأصول والمبادئ العامة والهيكل القانوني يمكن مقارنة الشرائع ببعضها والوقوف على مد ى تشابهها أو اختلافها .

إن التشابه بين الأحكام والقواعد الفقهية في القانون الروماني وبين أحكام والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية من النظرة الظاهرية عديدة ووافرة ، ولكن من الضلال المماثلة الظاهرية الخارجية التي لاتؤيدها العناصر الداخلية ، ولا الوثائق التاريخية ، فإن مجرد المماثلة الأولية الظاهرة فيه لاتعنى بالحتم المماثلة في الأصل أو المصدر أو التصور الذي انبثق منه هذا الظاهر . فيحتاج للتدليل على التأثر حينئذ إلى دليل وعلاقة تربط لابين الظاهر فحسب بل بين الظاهر والداخل بين الفعل والمصدر . (٢)

ومن بين الأدلة القوية على رد شبهة تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني بجهة الأمثلة المتشابهة والمتطابقة بين الاثنين ماقاله المستشرق الإيطالي نالينوا Nallino في مقاله « نظرات في علاقات الفقه الإسلامي بالقانون الروماني » رداً على أولئك المستشرقين الذين يحتجون لإثبات التأثر بمجرد المماثلة بأنهم قد أهملوا ثلاث نقاط أساسية في هذه المسألة :-

(١) « بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني » صوفي أبو طالب ، ص ١١٩ .

(٢) « المستشرقون ومصادر التشريع الإسلامي » عجيل جاسم النشمي ، ص ٢٣٢ .

١ - أنهم أهملوا الاختلافات التي توجد بين مذهب ومذهب وهي أحياناً ذات أهمية حتى فيما بين مذاهب السنة الأربعة ، فإذا كانت هناك مماثلة في بعض المسائل بين رأي مذهب وبين القانون الروماني ، فقد لايكون متشابه بين رأي المذاهب الثانية في بعض المسائل وبين القانون الروماني .

٢ - أنهم أهملوا الفرق العظيم الذي يوجد بين الغرب القديم وبين العالم الإسلامي في تصور القانون ومصادره .

٣ - أنهم يصطادون بكل جهد المتشابهات ويهملون الإشارة إلى الاختلافات التي تصير محكاً بين قيمة المتشابهات وقدرها .

ولقد ضرب المستشرق نالينوا Nallino أمثلة تعزز دعواه في ذلك ، فمن ذلك أن البيع والشراء عند الهيلنيين عقد مالي ، بينما المذاهب الفقهية الإسلامية أجمعت كلها على أنه عقد تراضي ، وأن هذا الاختلاف راجع إلى قوله تعالى « إلا أن تكون تجاره عن تراضٍ منكم » (١) وأن الرهن العقاري كان شائعاً في مقاطعات الدول الرومية ورغم أهميته فإنه لم ينفذ إلى القانون الإسلامي إلا حديثاً .

وكذلك استخدم العالم الهليني إجارات الأراضي للآجال الطويلة الأمد، ولكن مضت قرون عديدة حتى دخلت في الفقه الإسلامي وعلى أنها لم تقبل في جميع المذاهب (٢) .

ويؤكد ذلك مابحثناه في الفصل الثالث عند استعراضنا لبعض القواعد والأحكام الفقهية المختلفة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني و منها قاعدة « الموت يعفي من جميع التبعات » وقلت حينها أن هذه القاعدة لاتوجد في الشريعة الإسلامية وكذلك تخالف قواعد توزيع التركة والحديث النبوني « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعوا له » .

---

(١) سورة النساء آية (٩) .

(٢) « هل للقانون الرومي تاثير على الفقه الإسلامي » مجموعة دراسات لبعض العلماء المستشرقين والمسلمين ص ١٩

وقاعدة « رأي القدامى جعل النساء تحت الوصاية ولو بلغن سن الأهلية لطياشة عقولهن » فهذه القاعدة لاتوجد في الشريعة الإسلامية وأن هذا الحكم وهو جعل النساء تحت الولاية يخالف الشرع الإسلامي ، لأن الشريعة الإسلامية أعطت للمرأة حق ولايتها على نفسها كما بينت سابقاً وكذلك عندما استعرضت قاعدة « التفريق بين الزوجين هو الحيلولة بينهما في الفراش والمائدة » فهذه القاعدة لاتوجد في الشريعة الإسلامية ، كما تبين وجود اختلاف في أحكام الطلاق في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، ومن ذلك اعطاء القانون الروماني للمرأة الحق في تطليق نفسها وكذلك رتب عقوبات عبارة عن جزاءات لمسيئ استخدام الطلاق . وكذلك عندما استعرضت قاعدة « سنة الطبيعة أن جميع الناس يولدون في الأصل أحرار » فإن هذه القاعدة لاتشبه قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه « متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً » . كما أن طرق الاعتاق في الشريعة الإسلامية تخالف طرق الأعتات في القانون الروماني ، وكذلك عندما استعرضت القاعدة « ملكية الشئ تحصل لنا بالبيع أو المعاطاة أو التنازل أو بقضاء القاضي أو بحكم القانون » ، فإن هذه القاعدة لاتوجد في الشريعة الإسلامية كما تبين لنا وجود اختلافات في طرق اكتنساب الملكية في كل من القانون الروماني والشريعة الإسلامية .

وكذلك عندما استعرضت بعض الأنظمة والأحكام في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني تبين لنا وجود اختلافات بينهما من ذلك نظام التبني ونظام السلطة الأبوية ونظام الموت المدني فهذه أنظمة لاتوجد في الشرع الإسلامي كما هو الحال عليه في القانون الروماني . وكذلك وجود اختلافات جوهرية في نظام الإرث بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني وكذلك اختلاف حكم السرقة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني كما بينت سابقاً .

وبذلك نتوصل إلى أن شبه تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني بجهة التشابه بين الشريعة والقانون منقوضة بضدها ، إذ لو كان التشابه دليلاً لهم لانتقض بوجود الاختلاف ، على أن التشابه لايعتبر دليلاً لهم ، لأن التشابه المذكور بين الشريعة الإسلامية والقانون

الروماني هو تشابه في المعنى فقط دون أن يكون هنالك تشابه في النشأة والمصدر ، ويظهر أن السبب الرئيسي الذي دعا هؤلاء المستشرقين إلى القول بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني يرجع بصفة أساسية إلى أن معظمهم ليسوا من رجال القانون فخدعتهم بعض مظاهر التشابه بين القانونين ، إضافة إلى عجزهم عن التعمق في دراسة دقائق النظم القانونية فيهما .

المبحث الثاني : تعليل ظاهرة التشابه في بعض الأحكام والقواعد الكلية في مختلف الشرائع

لقد سبقت الشريعة الإسلامية شرائع كثيرة منها المنزلة من عند الله وهذه هي الشرائع الإلهية أو السماوية ، ومنها الموضوعة من قبل البشر وهذه هي القوانين الوضعية .

والشرائع السماوية كثيرة ، إذ لم تخل أمة قط من رسول أرسله الله يبلغها تشريعه وأحكامه قال تعالى { وإن من أمة إلا خلا فيها نذير } (١) ، وجميع هذه الشرائع السماوية تتفق وتشابه فى أصول الدين وأصول العقيدة والدعوة إلى الله والإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والاستعداد له بالعمل الصالح وبالقدر خيره وشره ونبذ الشرك ، قال تعالى { وما أرسلنا من قبلك من رسول إلا نوحى إليه أنه لا إله إلا أنا فاعبدون } (٢) وقال تعالى {ولقد بعثنا في كل أمة رسولاً أن اعبدوا الله واجتنبوا الطاغوت } (٣) وقوله تعالى { قل ياأهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله فإن تولوا فقولا أشهدوا بأنا مسلمون } (٤) .

كذلك تتفق الشرائع السماوية في أصول العبادات والأخلاق والتهذيب النفسي ، قال تعالى { قد أفلح من تزكى وذكر اسم ربه فصلى ، بل تؤثرون الحياة الدنيا ، والأخرة خير وأبقى إن هذا لفي الصحف الأولى صحف إبراهيم وموسى } (٥) .

ويرجع التشابه بين الشرائع السماوية إلى وحدة المصدر ، فمصدرها واحد هو الله عز وجل ، وهو منزلها ومشرع أحكامها وما وظيفة الرسل إلا القيام بتبليغها إلى الناس ، كما يرجع إلى وحدة الأصول والمقاصد وهي تزكية النفس بالأعمال الصالحة والحرص على هداية الله الناس

---

(١) سورة فاطر آية ٢٤ .

(٢) سورة الأنبياء آية ٢٥ .

(٣) سورة النحل آية ٣٦ .

(٤) سورة آل عمران آية ٦٤ .

(٥) سورة الأعلى آية ١٤ – ١٩ .

إلى الصراط المستقيم وتحقيق الخير والصلاح لهم في الدنيا ، والسعادة في الآخرة .

على أنه توجد اختلافات بين الشرائع السماوية في بعض الأحكام العملية والتفصيلات الجزئية قال تعالى « لكل جعلنا منكم شرعه ومنهاجاً» (١) .

وقد ختمت الشرائع السماوية بالشريعة الإسلامية التي أنزلها الله تعالى على رسوله محمد ﷺ وبلغها للناس وقد جاءت أحكامها وقواعدها شاملة لجميع نواحي الحياة ومنظمة لجميع العلاقات سواء أكانت هذه العلاقات بين الفرد وربه أم بين الفرد والفرد أم بين الفرد والجماعة أم بين الجماعة والجماعة ، وكان من خصائصها المرونة والعموم مما جعل قواعدها صالحة للناس كافة في كل عصر من العصور ، لتساير عوامل النمو والإرتقاء ، لذا قد تتشابه بعض أحكامها وقواعدها مع بعض القوانين الوضعية نتيجة لظروف اجتماعية واقتصادية (٢) .

من المسلم به أن المسلمين واجهوا بعد الفتوحات علاقات اجتماعية جديدة لم يكن بها عهد في الجزيرة العربية ، فإذا فرض أن عرض نزاع على قاضٍ مسلم في البلاد المفتوحة ، فإنه لايستطيع أن يرفض الفصل في النزاع بحجة خلو الأحكام التفصيلية في التشريع الإسلامي من حكم يطبقه ، بل عليه أن يجتهد للوصول إلى الحكم الملائم مستلهماً الروح العامة للتشريع الإسلامي ومراعياً مصالح الناس وما جرت عليه عاداتهم وتقاليدهم ، والحال كذلك بالنسبة للفقيه المسلم ، وقد ينتهي بهما الحال إلى الوصول إلى استنباط حكم يكون قد سبق أن توصل إليه القاضي أو الفقيه الروماني أو جرى به العرف ، فتتشابه القاعدتان أو الحكم في الشريعة والقانون . فهل يقال هنا بأن القاضي أو الفقيه المسلم قد استعار قاعدة قانونية رومانية ، أو تبنى عرفاً سبق أن أقره القانون الروماني ؟ (٣) .

لقد أجاب الشيخ عبد القادر المغربي على هذا التساؤل قائلاً « أن طبائع الأمم والشعوب

---

(١) سورة المائدة آية ٤٨ .

(٢) انظر « التشريع والفقه فى الإسلام » مناع القطان ، ص ١٩ « المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية » عبد الكريم زيدان ص ٧ .

(٣) انظر « تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية » صوفى أبو طالب ، ص ٢٨٠ .

وأخلاقها وأطوارها مترشحة من ينبوع الإنسانية ، والإنسانية مهما اختلف أبناؤها في ظواهر الاجتماع ، يبقون متحدين في جواهر الأخلاق والعادات والطباع ، والشرائع سواء أكانت سماوية أم وضعية إنما تستند إلى هذه الأخلاق والعادات ، فكثيراً ماتتشابه الشرائع بين الأمم بسبب تشابه الأمم نفسها في الأخلاق والعادات » (١) .

فإذا وجدنا في الشريعة الإسلامية أحكاماً تشبه أحكاماً مقرره في الشريعة اللاتينية فلا ينبغي لنا أن نتسرع في الحكم بأن الشريعة الأولى اقتبست من الشريعة الثانية مباشرة ، ولا سيما إذا كانت هناك أسباب جوهرية تدل على عدم إمكان هذا الاقتباس .

إن جميع العلوم الإجتماعية ، ومنها القانون ، تسودها مجموعة من القوانين الطبيعية تؤدى حتماً إلى تشابه الحلول والأفكار إذا ماتشابهت ظروفها الاجتماعية والاقتصادية ووصلت إلى درجة واحدة من الحضارة المدنية حتى ولو لم يقم بينهما إتصال فكري أو ثقافي أو جغرافي .

إن هذه الظاهرة تسود مناحى التفكير المختلفة في العلوم الإجتماعية ، ولذلك يقررون أن تشابه الأحكام في شريعتين مختلفتين لايعتبر نتيجة حتمية لتأثر أحدهما بالأخرى ، بل يعتبر دليلاً على أن المجتمعين اللذين تحكمهما هاتان الشريعتان قد وصلا إلى درجة واحدة من التقدم وتشابهت فيهما الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ... الخ (٢) .

---

(١) « بين الفقه الإسلامى والرومانى » عبد القادر المغربى ، مجلة الرسالة ص ٨٥٦ .

(٢) انظر « تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية » صوفى أبو طالب ، ص ٢٨١ .

المبحث الثالث: إبراز الفوارق الأساسية بين التشريع الإسلامي والقانون الروماني التي تنفي القول بالتأثر المطلق الذي أطلقه بعض المستشرقين أصلاً

إن الشريعة الإسلامية من صنع الله الذي أتقن كل شيء ، والفرق بينها وبين القانون الروماني ، كالفرق بين صنع الله وصنع البشر ، فقد يصنع البشر من الطين تماثيل جامدة ، ولكنهم لن ينفخوا فيها الروح ، ويبقي الفارق بين الإنسان الذي خلقه الله من طين ، فإذا هو هذا المخلوق العاقل الحي السميع المبصر ، وبين التمثال الذي يصنعه الإنسان ، والتمثال صورة ليس لها حقيقة الإنسان .

وما أنزل الله من تشريع من السماء إنما هو روح ونور وحياة قال تعالى « وكذلك أوحينا إليك روحاً من أمرنا ماكنت تدري ما الكتاب ولا الإيمان . ولكن جعلناه نوراً نهدي به من نشاء من عبادنا » (١) وما يصنعه البشر من قوانين إنما هي نصوص جامدة لاروح فيها ، تلفها ظلمات بعضها فوق بعض .

لقد أتم الله هذه الشريعة الإسلامية المباركة ، وحاول المستشرقون ومن نهج نهجهم ممن أعمى ضوء الشريعة أعينهم أن يكيدوا لهذه الشريعة وأن يطمسو ضوءها ، ولكن أنّى تستطيع الأفواه الضعيفة أن توصل زفيرها إلى الشمس في عليائها قال تعالى « يريدون أن يطفئوا نور الله بأفواههم ، والله متم نوره ولو كره المشركون » (٢) .

إن المستشرقين الذين ادعوا تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ساووا بين الشريعة الإسلامية التي تكفّل بوضعها خالق البشر ، وبين القانون الروماني الذي وضعه البشر وهم الفقهاء والأباطرة ، فهم حين قالوا بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني قاسوا الأرض بالسماء والناس برب الناس ، فكيف يستوي في عقل عاقل أن يقيس نفسه بربه وأرضه بسمائه؟

---

(١) سورة الشورى آية ٥٢ .

(٢) سورة التوبة آية ٣٢ .

إن الشريعة الإسلامية تختلف عن القانون الروماني باختلافات أساسية وتتميز عنه بمميزات جوهرية تنفي قول المستشرقين بأن الشريعة الإسلامية متأثرة بالقانون الروماني فمن ذلك :

- تختلف الشريعة الإسلامية عن القانون الروماني من حيث الطبيعة ، فالشريعة من عند الله ، أما القانون الروماني فهو من صنع البشر ، وبالتالي كان طبيعياً أن يتمثل في كل منها صفات صانعه ، كمال الشريعة ونقص القانون ، فالقانون الروماني من صنع البشر ويتمثل فيه نقص البشر وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم ، لذا أصبح بالضرورة عرضة للتغيير والتبديل ، أو مايسمى بالتطور كلما تطورت الجماعة إلى درجة لم تكن متوقعة ، أو وجدت حالات لم تكن منتظرة ، فالقانون ناقص دائماً ولايمكن أن يبلغ حد الكمال مادام صانعه لايمكن أن يوصف بالكمال ، ولا يستطيع أن يحيط بما سيكون وإن استطاع الإلمام بما كان .

أما الشريعة الإسلامية ، فصانعها الله ، وتتمثل فيها قدرة الخالق وكمال عظمته وإحاطة بما كان وما هو كائن ، ومن ثم صاغها العليم الخبير بحيث تحيط بكل شيء في الحال والاستقبال، حيث أحاط علمه بكل شيء ، وأمر جل شأنه أن لاتتغير ولاتتبدل قال تعالى {لاتبديل لكلمات الله } (١) ، لأنها ليست في حاجة للتغير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والأزمان وتطور الإنسان .

تختلف الشريعة الإسلامية عن القانون الروماني من حيث النشأة :

أما فيما يتعلق باختلاف نشأة الشريعة الإسلامية عن نشأة القانون الروماني فيستفاد من تاريخ تطور القانون الروماني فبدأ يتكون من الأسرة فالقبيلة فالمجتمع إلى أن ظهرت الإمبراطورية فوحدت العادات والتقاليد في نطاقها بعد أن كانت خاصة بكل أسرة أو قبيلة .

بينما نشأة الشريعة الإسلامية تختلف عن ذلك ، فهي لم تكن قواعد قليلة نمت وتطورت ولامبادئ متفرقة فتجمعت ، ولانظريات أولية هذبتها التجارب والأحداث ووقائع الحياة ، بل

---

(١) سورة يونس آية ٦٤ .

جاءت أحكامها دفعة واحدة ، متكاملة الأسس والبنيان إذ أوحاها الله لرسوله محمد ﷺ ليبلغها كافة الناس وفي وقت محدود وفترة لاتتعدى الزمن اللازم لنزولها ، بدأت ببعثة الرسول محمد ﷺ ، وانتهت يوم أن قال الله تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً » (١) وقوله تعالى « واتقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس ماكسبت وهم لايظلمون » (٢) .

تختلف الشريعة الإسلامية عن القانون الروماني في غاية كل منها .

إن فقهاء وأباطرة الرومان هم الذين صنعوا القانون الروماني وصبغوه بعاداتهم وتقاليدهم ، لذا كانت الغاية الأساسية في القانون الروماني تنحصر في تنظيم شؤون الجماعة ، وليس في توجيهها .

لذا كان القانون الروماني متأخراً عن الجماعة وتابعاً لتطورها ، فالقانون من صنع الجماعة ولم تكن الجماعة من صنع القانون .

أما الشريعة الإسلامية فهي من صنع الله الذي أتقن كل شيء خلقه فهي ليست من صنع الجماعة ولم تكن نتيجة لتطور الجماعة وتفاعلها ، لذا كان المقصود من الشريعة الإسلامية هو خلق الأفراد الصالحين والجماعة الصالحة ، وإيجاد الدولة المثالية ، والعالم المثالي ، ومن أجل هذا جاءت نصوصها أرفع من مستوى العالم كله وقت نزولها ، ولا تزال كذلك حتى اليوم (٣) .

إن أحكام الشريعة الإسلامية عامة ، فهي لاتخص فرداً دون فرد ، ولا مجتمعاً دون مجتمع ، كما أنها لم تأت بأحكامها لتكون صالحة لزمان دون زمان أو مكان دون مكان ، بل تناولت في أحكامها كافة الأفراد فتخاطب عموم الناس لتهديهم إلى صراطها المستقيم في كل مكان وزمان ، بينما أحكام القانون الروماني محددة بزمان ومكان .

---

(١) سورة المائدة آية ٣ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٨١ .

(٣) انظر « المدخل لدراسة الفقه فى الإسلامي خالد عبد الله عيد ، ص ١٦ فى « التشريع الجنائى الإسلامى » عبد القادر عودة ، ص ٢١ .

إن أحكام الشريعة الإسلامية تناولت أمور الدين والدنيا على السواء ، ومن هنا كانت خلقاً وتشريعاً ، وجاءت أحكامها مؤيدة بنوعين من الجزاء : جزاء دنيوي وجزاء أخروي لاينفصمان في كافة الأحكام ، بينما نرى أن أحكام القانون الروماني تناولت تنظيم أمور الدنيا فقط لذا كانت أحكامها مؤيدة للجزاء الدنيوي .

أهمل القانون الروماني المسائل الأخلاقية ، وقصر المخالفة على مافيه ضرر مباشر للأفراد ، أو الإخلال بالأمن والنظام العام ، بينما الشريعة الإسلامية ، شريعة أخلاقية ، وليست الأخلاق في الإسلام أدباً يحمل صاحبه ، بل لتزامات من واجبات الدين (١) .

هذه بعض الفوارق الأساسية بين التشريع الإسلامي والقانون الروماني والتي تدحض شبهة تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني .

---

(١) انظر « التشريع والفقه فى الإسلام » مناع القطان ، ص ٢٣ .

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا ونبينا محمد ﷺ وعلى آله وأصحابه أجمعين .

فأحمد الله تعالى أن وفقني لإتمام هذا البحث عن « مناقشة آراء المستشرقين حول التشابه والاختلاف في القواعد والأحكام بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني » والذي قدمت له بمقدمه ذكرت فيها أسباب اختيار الموضوع وتحديد مشكلة البحث ، كما بينت فيها المنهج الذي اتبعته في البحث ثم وضحت حدود الدراسة وبينت ماسبقها من دراسات ، ثم اتبعت تلك المقدمة بتمهيد اشتمل على أهم مصطلحات البحث .

وقد قسمت البحث إلى أربعة فصول ، خصصت الفصل الأول منها للحديث عن نشأة الأحكام والقواعد الكلية في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، حيث قسمت الفصل إلى مبحثين ، استعرضت في المبحث الأول نبذة عن نشأة الأحكام الشرعية والقواعد الكلية في الشريعة الإسلامية ، أما المبحث الثاني فاستعرضت فيه نبذه عن نشأة الأحكام القانونية والقواعد الكلية في القانون الروماني .

أما الفصل الثاني والذي كان عنوانه « القواعد والأحكام المتشابهة » فقد قسمته إلى مبحثين ، استعرضت في المبحث الأول نماذج منها مع توضيح معناها وبيان نشأتها ومصدرها ، أما المبحث الثاني فقد بينت فيه أوجه التشابه في المعنى في تلك النماذج والاختلاف في النشأة والمصدر .

أما الفصل الثالث والذي كان عنوانه « القواعد والأحكام المختلفة » فقد قسمته إلى مبحثين ، استعرضت في المبحث الأول نماذج منها مع توضيح معناها وبيان نشأتها ومصدرها ، أما المبحث الثاني فقد بينت فيه أوجه الاختلاف في المعنى والنشأة والمصدر فيها .

أما الفصل الرابع والذي كان عنوانه « مناقشة شبهة تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني فقد قسمته إلى ثلاثة مباحث كان المبحث الأول عن « مناقشة الاستدلال على الشبهة

بمظاهر الاتفاق في الأحكام وبيان أنها منقوضة بضدها » ، أما المبحث الثاني فقد أوضحت فيه أسباب ظاهرة التشابه في بعض الأحكام والقواعد الكلية في مختلف الشرائع ، أما المبحث الثالث فقد أبرزت فيه الفوارق الأساسية بين التشريع الإسلامي والقانون الروماني التي تنفي القول بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني .

وقد خلصت من خلال ذلك إلى مايلي :

١ - يعتبر بداية القانون الروماني عبارة عن مجموعة من الأعراف والعادات السائده ، ثم أدخلت عليه التشاريع المختلفة ، وكان أولها قانون الألواح الإثنى عشر .

٢ - تختلف المصادر القانونية في الشريعة الإسلامية عن المصادر القانونية في القانون الروماني ، فالمصادر القانونية في القانون الروماني هى : الأعراف والعادات ، والتشريعات الصادرة عن المجالس التشريعية الرومانية ، والقرارات الصادرة عن مجالس الشعوب ، وخطط ومنشورات البريتور ، والدساتير الامبراطورية المختلفة وفتاوى واجتهادات الفقهاء والحقوقيين.

أما المصادر القانونية في الشريعة الإسلامية فهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، وهذه أدلة متفق عليها ، وأدلة تابعة لها وهي : الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والاستحاب والعرف ... الخ .

٣ - أدى اعتناق الأباطرة الرومان المسيحية إلى إدخال تعديلات في القانون الروماني ولاسيما في مسائل الأحوال الشخصية والدين .

٤ - كان القانون الروماني يطبق على الأفراد الرومانيين خاصة ثم طبق على الأجانب وهم من لا يحملون الجنسية الرومانية .

٥ - من المؤثرات القوية في القانون الروماني الظروف الاجتماعية السائدة ، حيث أدت إلى إحداث تغييرات كثيرة في القانون .

٦ - إن معظم من أطلق شبهة تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ليسوا من رجال القانون إذ خدعهم التشابه الظاهربين القانون الروماني والشريعة الإسلامية .

٧ - إن التشابه الملحوظ في القواعد والأحكام بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني

هو تشابه في المعنى وتقارب في اللغة دون أن يكون هنالك تشابه في المصدر والنشأة .

٨ – إن بعض القواعد والأحكام المختلفة التي تم استعراضها تؤكد على عدم تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني .

وإن مما يؤكد عدم تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني وجود فوارق أساسية بين القانون والشريعة ، فالشريعة الإسلامية ربانية ، بينما القانون الروماني بشري محض .

٩ – لاينكر قيمة القانون الروماني من بين القوانين الوضعية ، مما جعل كثيراً من القوانين الأخرى تعمد إلى اقتباس قانونها من القانون الروماني

توصيات

لولا قصر المدة المقررة للبحث لقمت ببحث مقارن مزيد للقواعد والأحكام بين القانون الروماني والشريعة الإسلامية ، لذا أرى أن يتم استكمال مابدأت به لتوضيح عدم تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني وإصدار كتب تحمل بعض القواعد والأحكام المخالفة للقانون الروماني مترجمة إلى اللغات الأجنبية لتبين للمستشرقين عدم تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني .

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات .

الفهارس

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث والآثار

بداية الحديث

فهرس المراجع والمصادر

١ ـ القرآن الكريم

٢ ـ « أثر العرف في التشريع الإسلامي » ، السيد صامح عوض ، دار الكتاب الجامعي، القاهرة .

٣ ـ « الإجتهاد فيما لا نص فيه » الطيب الخضري ، مكتبة الحرمين ، ط ١ ، الرياض ١٤٠٣ هـ .

٤ ـ « أحكام الأسرة في الإسلام » محمد مصطفى شلبي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ط ٤ ، بيروت ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م .

٥ ـ « الأحكام السلطانية والولايات الدينية » أبي الحسن الماوردي ، دار الكتب العالمية ، بيروت لبنان ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م .

٥ ـ « إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الحق من علم الأصول » محمد بن على بن محمد الشوكاني ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي / ط ١ ، مصر ١٣٥٦هـ .

٦ ـ « الإسلام وموقف المستشرقين » عبدالحميد متولي ، دار عكاظ للنشر والتوزيع ، ط٢ ،جدة ، ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م .

٧ ـ « الإسلام والمرأة » سعيد الأفغاني ، مطبعة الجامعة الإسلامية ، المدينة ، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م .

٨ ـ « الأشباه والنظائر » جلال الدين بن ابراهيم السيوطي ، مطبعة عيسي الحلبي ، القاهرة .

٩ ـ « الأشباه والنظائر » زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع ، القاهرة ١٣٨٧هـ .

١٠ ـ « أصول الفقه الإسلامي » محمد مصطفى ، دار النهضة العربية ، ط٢ ، جدة ، ١٤٠٣هـ / ١٩٨٢م .

١١ ـ « أضواء على نظام الأسرة في الإسلام » سعاد ابراهيم صالح ، تهامة للطباعة والنشر ، ط ١ ، جدة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٢م .

١٢ ـ «إعلام الموقعين من رب العالمين » محمد بن أبي بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية ، مطبعة السعادة ، ط ١ ، مصر ١٣٧٤هـ .

١٣ ـ « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ١٩٥٠م .

١٤ ـ « بين الفقه الإسلامي والروماني » عبدالقادر المغربي ، مجلة الرسالة .

١٥ ـ « تاريخ التشريع » محمد الخضري ، دار الكتب العلمية ، ط ٩ ، بيروت ١٣٩٠هـ / ١٨٩٠م .

١٦ ـ « تاريخ المذاهب الفقهية » أبي زهرة ، مطبعة المدني ، القاهرة .

١٧ ـ « تاريخ القانون الروماني » عبدالمنعم البدراوي ، ١٩٤٩م .

١٨ ـ « تاريخ القوانين والشرائع » على محمد جعفر ، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، ط١ ، بيروت ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م .

١٩ ـ « تاريخ النظم القانونية والاجتماعية » صوفي حسن أبو طالب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢م .

٢٠ ـ « تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام » برهان الدين ابراهيم على ابن فرحون ، مطبعة مصطفي البابي الحلبي ، مصر ١٣٧٨هـ / ١٩٥٨م .

٢١ ـ « التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية » صالح بن فوزان الفوزان ، مطبعة الجامعة الإسلامية ، ط٤ المدينة المنورة ١٤١٠هـ

٢٢ ـ « التركة والميراث في الإسلام » محمد يوسف موسى ، طبع دار المعرفة القاهرة ، ط٢ ، ١٩٦٧م .

٢٣ ـ « التشريع الجنائي في الإسلام » عبدالقادر عودة ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

٢٤ ـ « التشريع والفقه في الإسلام تاريخاً ومنهجاً » مناع القطان ، مؤسسة الرسالة ، ط ٢ ، بيروت ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م .

٢٥ ـ « تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية » صوفي حسن أبو طالب ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٩٠م

٢٦ ـ « التعريفات » السيد الشريف على بن محمد الجرجاني ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٣٥٧هـ / ١٩٣٧م .

٢٧ ـ « التلويح على التوضيح » سعد الدين بن عمر التفتازاني ، مطبعة شمس الحرية ، مصر .

٢٨ ـ « جامع بيان العلم وفضله وما ينبغي في رواية وحمله » للإمام أبي عمر يوسف القرطبي ابن عبدالبر ، قدم له عبدالكريم الخطيب ، راجعه وصححه عبدالرحمن حسن محمود ، دار الكتب الحديثة ، القاهرة .

٢٩ ـ « الجامع لأحكام القرآن » لأبي بكر عبدالله بن أحمد الأنصاري القرطبي ، مطبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة .

٣٠ ـ « حقوق المرأة في الزواج » محمد عمر عتيق ، دار الاعتصام للطباعة والنشر والتوزيع ، ط١ ، القاهرة ١٤٠٩ هـ .

٣١ ـ « حقوق المرأة في الإسلام » كوثر محمد المنياوي ، مطبعة سفير ، ط ١ ، الرياض ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م .

٣٢ ـ « الحقوق الرومية وأثرها في التشريع الإسلامي » محمد معروف الدواليبي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م .

٣٣ ـ « الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية » محمد أبو الفتح البيانوني ، دار العلم للطباعة والنشر ، ط ١ ، دمشق ١٤٠٩هـ / ١٩٨٨م .

٣٤ ـ « حكمة التشريع وفلسفة » علي أحمد الجرجاوي ، دار الفكر ، ط ٥ ، بيروت ١٩٩٢م .

٣٥ ـ « الخراج » لأبي يوسف يعقوب بن ابراهيم ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م .

٣٦ ـ « خلاصة تاريخ التشريع » عبدالوهاب خلاف ، دار القلم بالكويت ، ط ٩ ، الكويت ١٣٩١هـ .

٣٧ ـ « دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها » شفيق الجراح ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م .

٣٨ ـ « دراسات في القانون الروماني » عبدالمجيد الحفناوي ، دار الجامعة للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، مصر ١٩٨٦ هـ .

٣٩ ـ « دمشق في عصر المماليك » نقولا زيادة ، مكتبة لبنان .

٤٠ ـ « الدولة ونظام الحسبة » ابن تيمية ، تحقيق محمد المبارك ، دار الفكر ، ط ١ ، بيروت ١٣٨٧هـ .

٤١ ـ « الرأي وأثره في مدرسة المدينة » أبو بكر اسماعيل ميقا ، مؤسسة الرسالة ، ط ٥ ، بيروت ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م .

٤٢ ـ « الرحبية في علم الفرائض » شرح سبط المارديني ، دار القلم ، ط ٣ ، بيروت ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م .

٤٣ ـ « زاد المعاد في هدي خير العباد » ابن القيم الجوزية ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وعبدالقادر الأرنؤوط ، مدرسة الرسالة ، بيروت ١٣٩٩هـ .

٤٤ ـ « سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام » شرح الحافظ الصنعاني على متن بلوغ المرام للحافظ ابن حجر العسقلاني ، تصحيح وتعليق : حسين بن قاسم بن محمد السنحني الحسيني ، مطبوعات جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية ، ط٣ ، الرياض ١٤٠٥ هـ .

٤٥ ـ « سنن الترمذي » لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، تحقيق وشرح الشيخ أحمد محمد شاكر ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .

٤٦ ـ « سنن أبي داود » للحافظ أبو داود سليمان الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني .

٤٧ ـ « سنن ابن ماجة » للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ، تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبدالباقي ، مطبعة عيسى الحلبي .

٤٨ ـ « شرح العناية على الهداية » كمال بن الهمام ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣١٥هـ .

٤٩ ـ « شرح القواعد الفقهية » أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، دار المغرب الإسلامي ، ط١ ، دمشق ١٤٠٣هـ /١٩٨٣م .

٥٠ ـ « شرح مختصر الروضة في أصول الفقه » نجم الدين سليمان بن عبدالكريم الطوفي ، تحقيق ابراهيم بن عبدالله بن محمد ابراهيم ، مطبعة جامعة أم القرى ، ط ١ ، مكة المكرمة .

٥١ ـ « شرح المنار في الأصول » عزالدين عبداللطيف بن عبدالعزيز بن الملك ، مطبعة العثمانية ، ١٣١٥هـ .

٥٢ ـ « الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية » بدران أبو العيني ، مؤسسة شباب الجامعة الأسكندريه.

٥٣ ـ « صحيح البخاري » أبو عبدالله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغير البخاري ، بشرح الكرماني ، طبع بمطابع الشعب بالقاهرة ، ١٣٧٨هـ / ١٩٥٨م .

٥٤ ـ « صحيح مسلم » للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ط ١ ، مصر ١٣٧٤هـ / ١٩٥٥م .

٥٥ ـ « الطرق الحكمية إلى السياسة الشرعية » شمس الدين محمد بن أبي بكر قيم الجوزية ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٥٦ ـ « طبيعة التقادم في الشريعة والقانون » على ذكي عرابي ، مجلة القانون والإقتصاد ، عدد ١٢٠ ، ١٩٨٠م .

٥٧ ـ « العذب الفائض شرح ألفية الفرائض » مطبعة مصطفي البابي الحلبي ، ط ١ ، القاهرة ١٩٥٢م

/١٣٧٢هـ .

٥٨ ـ « العرف وأثره في الشريعة والقانون » أحمد علي سير المباركي ،

٥٩ ـ « العقوبات الشرعية وأسبابها » علي قراعة ،

٦٠ ـ « العقيدة والشريعة في الإسلام » أجناس جولد تسهير ، ترجمة د / محمد يوسف موسى ، د/ علي حسن عبدالقادر ، د/ عبدالعزيزعبدالحق ، مطبعة دار الكتاب العربي ، ط ٢ مصر .

٦١ ـ « علاقة الأباء بالأبناء في الشريعة الإسلامية » سعاد ابراهيم صالح ، دار تهامة للطباعة والنشر ، ط ١ ، جدة ١٤٠١هـ / ١٩٨١م .

٦٢ ـ « عمر بن الخطاب » أبوالفرج عبدالرحمن بن علي بن محمد الجوزي ، تحقيق د / زينب ابراهيم ، دار الكتب العلمية ، ط٢ ، بيروت ١٤٠٤هـ / ١٩٨٢م .

٦٣ ـ « عوارض الأهلية عند الأصوليين » حسين خلف الجبوري ، مطبعة جامعة أم القرى ، ط ١ ، مكة ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م .

٦٤ ـ « الفقه الإسلامي وأدلة » وهبة الزحيلي ، دار الفكر للطباعة والنشر ، ط ٣ ، دمشق ، ١٤٠٤هـ / ١٩٨٩م .

٦٥ ـ « الفكر السامي في تفكير الفكر الإسلامي » محمد بن الحسن الحجوري ، الثعالبي الفاسي ، تحقيق عبدالعزيز عبدالفتاح قاري ، المكتبة العلمية ، ط ١ ، المدينة المنورة ١٣٩٦هـ / ١٩٧٦م .

٦٦ ـ « فلسفة العقوبة في الإسلام » محمد أبو زهرة ، طبعة معهد الدراسات العربية .

٦٧ ـ « في تاريخ التشريع الإسلامي » ن . ج . كولسون ، ترجمة محمد أحمد سراج ، تعليق د / حسن محمود عبداللطيف الشافعي ، دار العروبة ، ط ١ ، القاهرة ١٣٩٣هـ/ ١٩٧٣م .

٦٨ ـ « القضاء في الإسلام » محمد عبدالقادر أبو فارس ، مكتبة الأقصى ، عمان الأردن ، ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م .

٦٩ ـ « قواعد وأثار فقهية رومانية » ترجمة عبدالعزيز ، بيروت ، لبنان .

٧٠ ـ « القانون الروماني » توفيق حسن فرج ، مكتبة مكاوي ، بيروت ١٩٧٥م .

٧١ ـ « القانونالروماني » صبيح مسكوني ، مطبعة شفيق ، ط ٢ ، بغداد ،١٩٧١م .

٧٢ ـ « القانون الروماني » عمر ممدوح مصطفي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ط ٣ ، مصر ١٩٦٢م .

٧٣ ـ القانون الروماني » ميثيل فيليه ، ترجمة د / هاشم حافظ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ١٩٧٤م .

٧٤ ـ « القانون الروماني والشريعة الإسلامية » زهدي يكن ، تقديم خليل الجر، دار يكن للنشر، بيروت ١٩٧٥م .

٧٥ ـ « قواعد وأثار فقهية رومانية » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، بيروت ـ لبنان .

٧٦ ـ « القواعد » أبي عبدالله محمد بن أحمد المقري ، تحقيق ودراسة أحمد عبدالله بن حميد ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة

٧٧ ـ « *القواعد الفقهية* » علي أحمد الندوي ، دار القلم للنشر والتوزيع ، ط ٢ ، دمشق ١٤١٢هـ / ١٩٩١م .

٧٨ ـ « لسان العرب » لابن منظور الأفريقي ، طبعة بيروت ١٣٧٥هـ / ١٩٥٦م .

٧٩ ـ « مبادىء القانون الروماني » محمد عبدالمنعم بدر وعبدالمنعم بدراوي ، طبعة دار الكتاب العربي ، ١٩٥١م .

٨٠ ـ « المبسوط » محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخي ، دار المعرفة للطباعة ، ط ٢ ، بيروت .

٨١ ـ « المختار في صحاح اللغة » محمد بن أبي بحر عبدالقادر الرازي ، دار الكتاب العربي ، ط ١ ، بيروت ١٩٦٧م .

٨٢ ـ « المدخل ألى تاريخ الشرائع » محمود عبالمجيد المغربي ، المكتبة الحديثة ، طرابلس ـ لبنان

٨٣ ـ « المدخل الفقهي العام » مصطفي أحمد الزرقا ، مطبعة الحياة ، ط ٢ ، دمشق .

٨٤ ـ « المدخل في *التعريف بالفقه العام* » محمد مصطفي شلبي ، دار *النهضة العربية* ، بيروت ١٤٠١ هـ / ١٩٨١م .

٨٥ ـ « المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية » عبد الكريم زيدان ، دار الوفاء ، ط ١٢ ، المنصورة ١٤١٢هـ .

٨٦ ـ « المدخل لدراسة الفقه الإسلامي » خالد عبدالله عيد ، مطبعة الساحل ، الرباط ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م .

٨٧ ـ « مدونة جوستنيان في الفقه الروماني » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، بيروت ، لبنان .

٨٨ ـ « المدونة الكبرى » للإمام مالك بن أنس الأحجي ، رواية سحنون ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م .

٨٩ ـ « مذكرات في القانون الروماني » محمود سعد الدين ، مصر ١٩٣٨م .

٩٠ ـ « المرأة في القرآن والسنة » محمد عزه دروزة .

٩١ ـ « المستشرقون ومصادر التشريع الإسلامي » عجيل جاسم النشمي ، المطبعة المصرية ، ط ١ الكويت ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م .

٩٢ ـ « مصادر الحق في الفقه الإسلامي » عبدالرزاق أحمد السنهوري ، نشر معهد الدراسات العربية ، القاهرة ١٩٥٧م .

٩٣ ـ « المعجم الوسيط » أفاخراجراح ابراهيم مصطفى وأحمد حسن زيات وحامد عبدالقادر ، نشر مجمع اللغة العربية بالقاهرة مطبعة مصر ، ١٣٨١هـ / ١٩٦١م .

٩٤ ـ « المغني مع الشرح الكبير » لابن قدامة الحنبلي ، دار المنار ، ط٥ ، ١٣٦٨هـ .

٩٥ ـ « المفردات في غريب القرآن » لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني ، دار المعرفة بيروت .

٩٦ـ « ملاحق مدونة جوستنيان » ترجمة عبدالعزيز فهمي ، بيروت ١٣٦٥هـ .

٩٧ ـ « المنتقى من دراسات المستشرقين » صلاح الدين المنجد ، دار الكتاب الجديد ، بيروت ١٣٩٦هـ / ١٩٧٦م .

٩٨ ـ « من قضاياالفكر الإسلامي كما يراها المستشرقين » ترجمة صديق بشير النصر ، منشورات كلية الدعوة الإسلامية ، ط ١ ، طرابلس ، ليبيا ١٣٩٨هـ ١٩٨٨م .

٩٩ ـ « المهذب » أبو اسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ط ٢ ، مصر ١٣٧٩هـ / ١٩٥٩م .

١٠٠ ـ « موسوعة المستشرقين » عبد الرحمن بدوي ، دار العلم للملايين ، ط ١ ، بيروت ،

١٠١ ـ « الميراث والوصية في الإسلام » محمد زكريا البرديسي ، دار القلم ، بيروت .

١٠٢ ـ « نظام الحسبة في الإسلام » عبدالعزيز محمد مرشد ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، مطبعة المدينة ، ط ١ ، الرياض

١٠٣ ـ « نظام القضاء في الشريعة الإسلامية » عبدالكريم زيدان ، مطبعة العالي ، ط ١ ، بغداد ، ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م .

١٠٤ ـ « نظرية العرف » عبدالعزيز خياط ، مكتبة الأقصى ، عمان ، الأردن ١٣٩٧هـ / ١٩٧٧م .

١٠٥ ـ « نظرية العقد » عبدالرزاق أحمد السنهوري دار القلم للنشروالتوزيع ، بيروت .

١٠٦ ـ « نظم القانون الروماني » محمود سلام زناتي ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٦م

١٠٧ ـ « النظم الإسلامية »م . غود قروا ، دار النشر للجامعيين .

١٠٨ـ « نهاية الرتبة في طلب الحسبة » عبد الرحمن بن نصر الشيرازي ، تحقيق السيد الباز العريني ، دار الثقافة .

١٠٩ ـ « نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار » للشيخ محمد بن علي ين محمد الشوكاني ، المطبعة المصرية ، ط ١ ، مصر

١١٠ ـ « هل للقانون الروماني تاثير على الفقه الإسلامي » مجموعة دراسات لبعض علماء المستشرقين والمسلمين ، مكتبة العلم ، بيروت .

١١١ ـ « الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية » محمد صدقي البورنو، مكتبة المعارف ، ط ٢ ، الرياض ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م .

١١٢ ـ « الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها » محمد معروف الدواليبي ، مطبعة ومكتبة الشرق ، ط ٥ ، حلب ١٩٨٢هـ / ١٩٦٢م .

المراجع الإجنبية

113- Cuq . E " Manueldes institutiones romains , 1917 .

114 - Giffar d . A . E " precis Droit Roman " T 1 parris 1933.

فهرس الموضوعات